

## Spis treści

### 3 ARTYKUŁ WSTĘPNY

*Wojciech Dajczak*

### 3 Niepokoje i szanse związane z ujednolicaniem prawa cywilnego

### 7 WYWIAD

*Wojciech Dajczak*

### 7 Wywiad z Reinhardem Zimmermannem

### 13 ARTYKUŁY

*Lech Morawski*

### 13 Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów

*Joseph H.H. Weiler*

### 37 Państwo i Naród, kościół, meczet, synagoga. Nieunikniona debata

*Zdeněk Koudelka*

### 46 Niekonstytucyjna ustawa konstytucyjna

*Bolesław Banaszkiewicz*

### 56 Demokracja pod specjalnym nadzorem

### 69 RECENZJE

*Wacław Uruszczak*

### 69 *Fabula mundi*

*Wojciech Załuski*

### 74 *Fabula libri*

### 79 ORZECZNICTWO

*red. A. Skoczylas, Małgorzata Grego, Wojciech Piątek*

### 79 Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

*Paweł Wiliński*

### 82 Przegląd orzecznictwa – prawo karne (cz. 1)

*Adam Pawluk*

### 86 Przegląd orzecznictwa – prawo karne (cz. 2)

*Katarzyna Pałka, Jerzy Pisuliński*

### 88 Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

*Adam Pawluk, Krzysztof Kozłowski*

### 93 Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

## Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu powinno być dołączone krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.
- 3) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: [forumprawnicze@park.pl](mailto:forumprawnicze@park.pl).

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

# FORUM PRAWNICZE

Numer 1 (3) | Styczeń 2011  
Dwumiesięcznik  
ISSN: 2081-688X  
Nakład: 400 egzemplarzy

### WYDAWCA

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.  
ul. Świętojerska 5/7  
00-236 Warszawa

## ParkPrawo

### RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Cezary Mik  
prof. Zbigniew Cieślak  
prof. Wojciech Dajczak  
prof. Tomasz Giaro  
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier  
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow  
prof. Jarosław Majewski  
prof. Marek Michalski  
prof. Artur Nowak-Far  
prof. Aurelia Nowicka  
prof. Krystyna Pawłowicz  
prof. Jerzy Pisuliński  
prof. Michał Romanowski  
prof. Grażyna Skąpska  
prof. Andrzej Skoczylas  
prof. Bogdan Szlachta  
prof. Piotr Tuleja  
ks. prof. Krzysztof Warchałowski  
prof. Paweł Wiliński

### ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Lech Morawski  
Zastępca redaktora naczelnego: prof. Wojciech Dajczak  
Sekretarz redakcji: dr Michał Królikowski  
Zastępca sekretarza redakcji: mgr Krzysztof Szczucki  
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier  
prof. Piotr Tuleja  
dr Marcin Romanowski  
dr Adam Szafrński

### OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Korekta: Magdalena Gałuszka  
Skład: Editio, Pruszków, [www.editio.eu](http://www.editio.eu)  
Koordynacja: Marta Pawlus  
Projekt graficzny: item:grafika  
Redaktor graficzny: Igor Banaszewski  
Przekład streszczeń: Anna Paszek

### ADRES REDAKCJI

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.  
Redakcja Ogólnooświatowa i Prawnicza  
ul. Mieszka I 38, 43-300 Bielsko-Biała  
tel./faks: (33) 822 90 90, 822 90 80  
e-mail: [forumprawnicze@park.pl](mailto:forumprawnicze@park.pl);  
[poczta@park.pl](mailto:poczta@park.pl)

### DZIAŁ SPRZEDAŻY

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.  
Oddział Bielsko-Biała ul. Mieszka I 38  
43-300 Bielsko-Biała  
tel./faks: (33) 822 97 97  
e-mail: [zamowienia@park.pl](mailto:zamowienia@park.pl)

### PRENUMERATA

e-mail: [zamowienia@park.pl](mailto:zamowienia@park.pl)  
[www.park.pl/forumprawnicze](http://www.park.pl/forumprawnicze)  
Infolinia: 0 801 30 40 50  
(koszt połączenia z każdego miejsca w kraju odpowiada taryfie lokalnej)

### DRUK

WAREX, Lubicz  
Druk ukończono w grudniu 2010 r.

# Niepokoje i szanse związane z ujednolicaniem prawa cywilnego

W pierwszym numerze „Forum Prawniczego” Tomasz Giaro postawił pytanie, czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań. Zainspirowany lekturą porównawczo-histerycznej pracy Filippo Ranieriego, doszedł do wniosku, iż obecne „przedsięwzięcia harmonizacyjne (...) będą w ten czy inny sposób okrojone przez silniejszego”. Ta nawiązująca do doświadczeń kodyfikacji w czasach absolutyzmu myśl rodzi fundamentalne pytanie, czy w leżących poza opracowywaniem i implementacją dyrektyw, szerzej zakrojonych pracach nad zbliżeniem prawa cywilnego krajów członkowskich UE tkwi groźba niespodziewanych i niepożądanych zmian w naszym prawie cywilnym. Idea tego rodzaju prac harmonizacyjnych ma już swoją historię. Przypomnienie jej zasadniczych elementów przybliży kontekst pozwalający ocenić zasadność zgłoszonej obawy. Daje też podstawę dla zapytania o szanse, jakie mogą stać za sformułowaną w tzw. Programie Sztokholmskim – czyli ogłoszonym przez Radę Europejską programie działania na lata 2010–2014 – deklaracją, że „Wspólna Rama Odniesienia europejskiego prawa umów powinna być niewiążącym zbiorem podstawowych zasad, definicji i reguł modelowych, które będą używane w procesie tworzenia prawa na poziomie unijnym dla zapewnienia większej spójności i jakości procesu tworzenia prawa”<sup>2</sup>.

Temat harmonizacji prawa cywilnego wprowadził do wspólnotowej dyskusji politycznej Parlament Europejski. W rezolucji z 26 maja 1989 r. wzywał do unifikacji najważniejszych gałęzi prawa prywatnego poprzez opracowanie „europejskiego kodeksu cywilnego”<sup>3</sup>. Mimo, że nie spotkało się to z praktycznym oddźwiękiem, Parlament Europejski powtórzył propozycję przygotowania europejskiej kodyfikacji cywilnej w rezolucji z 6 maja 1994 r.<sup>4</sup> Dodał jednak, że przeprowadzenie bardziej kompletnej harmonizacji powinno nastąpić w dłuższym terminie. Idea harmonizacji prawa cywilnego stała się jeszcze tematem rezolucji Parlamentu Europejskiego z 15 listopada 2001 r., choć wycofano się w niej z używania pojęcia europejskiego kodeksu cywilnego<sup>5</sup>. Rosnący poprzez implementację dyrektyw wpływ prawa europejskiego na prawo cywilne krajów członkowskich sprawił, że także w roku 2001 problematykę tą zainteresowała się Komisja Europejska. Pierwszym jej krokiem było zainicjowanie prac zmierzających do zebrania informacji na temat zasięgu działań potrzebnych na obszarze prawa prywatnego<sup>6</sup>. Kolejnym krokiem było oświadczenie Komisji zawierające plan działania zmierzającego do stworzenia spójnego europejskiego prawa umów<sup>7</sup>. Wprowadziło ono do dyskusji na ten

1 T. Giaro, Czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań?, „Forum Prawnicze” nr 1, 2010, s. 66 i n.

2 O. J. 2010, C 115, s. 16.

3 O. J. 1989, C. 158, s. 400.

4 O. J. 1994, C. 205, s. 518.

5 O. J. 2001, C. 255, s. 1.

6 COM (2001), 298.

7 COM (2003), 68.

temat, mgliste wówczas, pojęcie Wspólnej Ramy Odniesienia (Common Frame of Reference, dalej CFR). W zatwierdzonym przez Radę Europejską tzw. Programie Haskim, obejmującym program działania na lata 2005–2009 znalazło się w szczególności postanowienie o „potrzebie rozwoju Wspólnej Ramy Odniesienia”, tak aby mogła być wykorzystywana dla rozwijania w całej UE postanowień i warunków prawa umów stosowanych w obrocie gospodarczym<sup>8</sup>. Dla opracowania tego projektu połączono w roku 2005 szereg naukowych grup badawczych tworząc finansowany w ramach VI Programu Ramowego badań UE tzw. Joint Network of European Private Law. Podstawowymi źródłami inspiracji w toku prac nad prawem umów w CFR były Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów (Principles of European Contract Law) oraz tzw. Acquis Principles. Pierwszy z tekstów powstał w latach 1982–2002, w ramach międzynarodowego, prawnoporównawczego projektu badawczego pomyślanego jako oddziałująca imperio rationis propozycja reguł modelowych. Drugi z wymienionych tekstów to przygotowane przez Research Group on the Existing EC Private Law usystematyzowane opracowanie istotnego dla prawa prywatnego dorobku wspólnotowego. Określony jako tzw. Outline Edition tekst projektu zostało opublikowany w roku 2009. Treść jego istotnie wychodzi poza inspirowane politycznie regulacje dotyczące prawa umów (księgi I–IV). Obejmuje także postanowienia dotyczące zobowiązań z czynów niedozwolonych, bezpodstawnego wzbogacenia, prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (księgi V–VII), przeniesienia własności (księga VIII), zabezpieczeń rzeczowych na ruchomościach (księga IX) oraz powiernictwa (księga X). Wykraczając poza prawo umów część projektu CFR określa się jako akademicką. Ilustruje ona daleko idące ambicje części uczestników projektu w zakresie budowania jednolitego prawa cywilnego. Fragment obejmujący prawo umów nazywa się częścią polityczną. Od roku 2007, a zatem jeszcze przed publikacją projektu CFR, należące do tej części zagadnienia stały się przedmiotem prac działającego na zlecenie Rady Europejskiej Komitetu do Spraw Prawa Cywilnego (Committee on Civil Matter). Pierwszą z osi tej dyskusji było określe-

nie funkcji, jakiej CFR miałby służyć. Rada odrzuciła propozycję, aby CFR został wykorzystany do stworzenia europejskiego kodeksu cywilnego. Odrzucona została myśl wykorzystania CFR dla stworzenia prawnie wiążącego instrumentu dla prawa umów, który podlegałby implementacji w krajach członkowskich<sup>9</sup>. Rada przyjęła myśl, iż walor praktyczny CFR powinien ograniczyć się do funkcji tzw. toolbox rozumianego jako prawnie niewiążący instrument obejmujący definicje, podstawowe zasady i reguły modelowe, stanowiące źródło inspiracji i punkt odniesienia we wspólnotowym procesie tworzenia prawa<sup>10</sup>. W zakresie treści CFR odrzucono skrajne stanowiska obejmujące propozycje zbudowania go jako kompilacji wielu narodowych zasad prawnych, jak i ograniczenia do systematycznego zbioru wspólnotowego dorobku w zakresie prawa umów<sup>11</sup>. Przeważył pogląd, że jego treść powinna objąć preferowane rozwiązania wypracowane w oparciu o istniejące prawo wspólnotowe, narodowe porządki prawne i tradycje prawne oraz wyniki wszelkich badań obejmujących tę problematykę<sup>12</sup>. W odniesieniu do tak zorientowanej dyskusji dodano, że podstawowe zasady prawa umów powinny wyrażać fundamentalne dla niego wartości<sup>13</sup>. Wyraźnie zaakcentowano, iż wprowadzanie CFR może nastąpić przy pełnym poszanowaniu wszystkich tradycji prawnych krajów członkowskich<sup>14</sup>. Próbką wykorzystania CFR poza obszarem prac nad prawem unijnym jest wprowadzona 1 lipca 2010 do dyskusji przez Komisję Europejską idea ich przekształcenia w niewiążące wzorce, które mogły by być wybierane jako prawo właściwe dla umowy w miejsce regulacji krajowej (tzw. optional instrument)<sup>15</sup>.

Naszkicowane doświadczenie pokazuje wyraźną tendencję ewolucji politycznej dyskusji, toczącej się od ponad 20 lat, o ujednoliceniu prawa cywilnego; od bardzo ambitnych projektów kodyfikacji, po niewiążące, ograniczane z uwagi na narodowe porządki i tradycje prawne propozycje wykorzystania projek-

9 Par. 12 z doc. 82886/08 JUSTCIV 68.

10 Par. 20 z doc. 9741/09 JUSTCIV 120.

11 Par. 8 z doc 828608 JUSTCIV 68.

12 Par. 9 z doc. 8286/08 JUSTCIV 68.

13 Par. 7 z doc. 15306/08 JUSTCIV 236.

14 Par. 15 z doc 15306/08 JUSTCIV 236.

15 COM (2010) 348.

8 O.J. 2005, C 53, s. 14.

tu CFR. Można to uznać za dowód braku w krajach członkowskich znaczącej woli politycznej, aby dale idące ujednolicenie prawa cywilnego nastąpiło *ratione imperii*, czyli poprzez narzucenie regulacji w tym zakresie. Abstrahując od kwestii kompetencji, taki stan przemawia przeciwko dopatrywaniu się analogii między kodyfikacją prawa cywilnego w XIX i XX stuleciu a współczesnymi pracami nad wspólnotowym prawem prywatnym. Drugim fundamentalnym wnioskiem z ich przebiegu jest stwierdzenie otwartości krajów członkowskich i Komisji Europejskiej na zbliżanie prawa umów *imperio rationis*, czyli przez teksty, których oddziaływanie miałyby opierać się na ich autorytecie wynikającym z użyteczności. Prace nad CFR doprowadziły do powstania interesującego, choć budzącego dogmatyczne zarzuty, dzieła myśli prawniczej. Kontrowersje te dotyczą większości uregulowanej materii. Najdalej idą w odniesieniu do kwestii, co do których nie toczono wcześniej głębszej dyskusji harmonizacyjnej, takich jak prawo deliktowe<sup>16</sup> czy bezpodstawne wzbogacenie<sup>17</sup>. Przedstawiony szkic przemawia na rzecz tezy, iż szanse dla istotnego postępu procesu harmonizacji prawa prywatnego upatrywać należy bardziej w doświadczeniu związanej z tym projektem dyskusji politycznej niż w dogmatycznych rozwiązaniach CFR. Sformułowane w jej toku postulaty poszukiwania wartości leżących u podstaw zasad prawa cywilnego, akcentowanie znaczenia tradycji prawnych, elementów narodowych w prawie i szerokiego dorobku nauki, pokazują celowość wyjścia w dyskusji harmonizacyjnej daleko poza rozważanie budowanych modeli dogmatycznych. Doświadczenie przemawia za tym, aby wypracowanie jednolitych rozwiązań dogmatycznych poprzedzić szeroką dyskusją o fundamentalnych dla prawa prywatnego wartościach i modelach równowagi między

nimi<sup>18</sup>. Akcentowanie znaczenia narodowych tradycji prawnych potwierdza tylko fakt, że prawo, w szczególności cywilne jest elementem kulturowej i narodowej tożsamości. Zawężenie uwagi do narodowych tradycji prawnych i obowiązujących praw narodowych może jednak znacząco zawęzić pole harmonizacji. Warto podkreślić, że wszystkie wskazane w toku politycznej dyskusji nad CFR zasady prawa umów, a mianowicie swobody umów, dobrej wiary czy *pacta sunt servanda*<sup>19</sup> tkwią korzeniami w wyrosłej na podstawie prawa rzymskiego i kanonicznego tradycji ogólnoeuropejskiego *ius commune*. Zatem wyjście poza rozważania budowanych modeli dogmatycznych kieruje uwagę także ku wspólnej tradycji prawnej. Propozycja takiego pogłębienia dyskusji o harmonizacji prawa cywilnego ma już blisko dwadzieścia lat. Nie zyskała jednak do tej pory praktycznego znaczenia. Wynika to prawdopodobnie z tego, iż jakimś wzorcem historycznym dla dzisiejszych prac harmonizacyjnych są XIX- i XX-wieczne doświadczenia kodyfikacji prawa cywilnego. Jak pokazuje jednak przebieg politycznej dyskusji są one nieefektywne, a nadto mogą budzić obawy narzucenia nieoczekiwanych i niepożądanych zmian w prawie cywilnym. Właściwszym modelem poszukiwania historycznych inspiracji dla dale idącego zbliżania prawa cywilnego wydaje się europejskie *ius commune* z charakterystycznymi dla niego cechami policentryczności, poszukiwania rozwiązań dogmatycznych w toku szerokiej dyskusji jureprudenckalnej i obowiązywania tak wypracowanych rozwiązań *imperio rationis*. Doświadczenie prac nad harmonizacją prawa cywilnego potwierdza zasadność takiej zmiany historycznych inspiracji. Jedną z osób, które wprowadzały do europejskiej debaty myśl o użyteczności doświadczenia *ius commune*, był Reinhard Zimmermann<sup>20</sup>. Zamieszczony w tym numerze wywiad z nim jest zatem cennym wzbogaceniem powyższych uwag o przebiegu i stanie prac

16 Np.: B. Gsell, [Außervertragliche Haftung und Zurechnung von Fehlverhalten nach dem DCFR (Draft Common Frame of Reference),] w: [Krakauer – Augsburger Rechtsstudien. Wettbewerb der Staaten – Wettbewerb der Rechtsordnungen], red. J. Stelmach, R. Schmidt, Warszawa 2010, s. 149 i n.

17 Np. J. M. Smits, [A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference,] w: [European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann,] red. A. Vaquer, Groningen 2008, s. 151 i n.

18 Zob.: W. Dajczak, [„Treu und Glauben“ im System des Gemeinsamen Referenzrahmen und die Idee einer „organisch vollzogenen“ Privatrechtsangleichung in Europa,] „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht“ 2 (2009), s. 63 i n.

19 Par. 10 z doc. 9741/09 JUSTCIV 120.

20 Np.: R. Zimmermann, *Das römisch – kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, „JuristenZeitung“, 1 (1992), s. 8 i n.

*nad harmonizacją prawa prywatnego w UE. Może  
stać się też zachętą do przemyślenia – w kontekście  
doświadczeń ostatnich dwudziestu lat – idei aksjolo-  
gicznego i porównawczo-historycznego pogłębienia*

*prac nad dalej idącym zbliżeniem prawa cywilnego  
krajów europejskich.*

**Wojciech Dajczak**

# Wywiad z Reinhardem Zimmermannem



**Reinhard Zimmermann**

Urodził się 10 października 1952 r. w Hamburgu. Od roku 2002 jest dyrektorem Instytutu Maxa Plancka w Hamburgu, który zajmuje się porównawczym i międzynarodowym prawem prywatnym. Pełni funkcję przewodniczącego Sekcji Nauk Humanistycznych i Społecznych Towarzystwa Maxa Plancka. Od roku 2008 jest także profesorem Bucerius Law School w Hamburgu. Studia prawnicze odbył w Hamburgu, gdzie w roku 1978 uzyskał stopień doktora prawa. Po krótkim okresie pracy na Uniwersytecie Kolońskim, w roku 1981 objął katedrę prawa rzymskiego i porównawczego na Uniwersytecie w Kapsztadzie (Republika Południowej Afryki). Tam podjął badania nad elementami prawa rzymskiego występującymi do dziś w porządku prawnym RPA (Roman Dutch Law). W oparciu o to doświadczenie prawnicze rozwinął w dyskursie prawniczym pojęcie „mieszanego porządku prawnego”, to jest

uksztaltowanego pod wpływem dwóch europejskich tradycji prawnych. Jedną z nich wynika z recepcji prawa rzymskiego (civil law tradition). Druga opiera się na prawie angielskim (common law tradition). Rezultatem tak zorientowanych badań naukowych stała się licząca ponad tysiąc stron praca *The Roman Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*<sup>1</sup>. Od chwili publikacji wyróżnia się ona znaczącym wpływem na światową naukę historii i komparatystyki prawa prywatnego. W roku 1988 R. Zimmermann powrócił do Niemiec, gdzie objął katedrę porównawczej historii prawa i prawa prywatnego na Uniwersytecie w Ratyzbonie. Na początku lat dziewięćdziesiątych miniego stulecia wystąpił z propozycją przełamania izolacji między historią a dogmatyką prawa prywatnego. Argumentował, że wynikające z postępu europejskiej integracji prace nad ponadnarodową nauką prawa prywatnego powinny uwzględniać fakt, iż do XVIII stulecia Europa miała już uniwersalną naukę prawa, która opierała się na rzymskim Corpus Iuris Civilis i prawie kanonicznym. Na tej podstawie sformułował tezę, że obecne procesy integracyjne należy postrzegać jako przywrócenie jedności nauce prawa, czyli jej reeuropeizację. Zbliżenie badań historycznych i porównawczych uznał za instrument służący naturalnemu postępowi tego procesu. Przy użyciu metody historyczno-porównawczej przeprowadził badania szeregu pojęć i za-

1 Pierwsze wydanie 1990, drugie 1996.

sad z zakresu prawa zobowiązań i prawa spadkowego. Studiując w ten sposób prawo Szkocji i RPA – jako przykłady tzw. mieszanych systemów prawnych – rozwinął myśl, iż zakres odmienności między tradycją common law i civil law jest w istocie mniejszy, niż się to stereotypowo przyjmuje. Uznaniem tego rodzaju prac, a jednocześnie ich wsparciem było przyznanie R. Zimmermannowi w roku 1996 nagrody im. Gotfryda Wilhelma Leibniza. W tym samym roku R. Zimmermann został członkiem kierowanej przez Ole Lando Komisji Europejskiego Prawa Umów (Commission of European Contract Law), która opracowała Zasady Europejskiego Prawa Umów (Principles of European Contract Law). Od tego czasu konsekwentnie i intensywnie uczestniczy w naukowej dyskusji poświęconej harmonizacji prawa prywatnego w Europie. Miarą autorytetu naukowego R. Zimmermanna i skali oddziaływania jego dorobku są doktoraty honorowe przyznane mu przez uniwersytety w Chicago (1997), Aberdeen (2002), Maastricht (2006), Lund (2007), Kapsztadzie (2006), Edynburgu (2007), Lejdzie (2007), Stellenbosch (2009) i Montrealu (2010). Profesor R. Zimmermann jest zagranicznym członkiem: Królewskiej Holenderskiej Akademii Sztuki i Nauki, Królewskiego Towarzystwa w Edynburgu, Akademii Nauk w Turynie, Austriackiej Akademii Sztuki i Nauki, All Souls College w Oksfordzie i Nowozelandzkiej Fundacji Badań Prawnych. Jest także członkiem kilku niemieckich towarzystw naukowych.



**Wywiad z Reinhardem Zimmermannem dla czasopisma „Forum Prawnicze” przeprowadzony we wrześniu 2010 r. przez Wojciecha Dajczaka<sup>1</sup>**



**W.D.:** Szanowny Panie Profesorze, na początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku wprowadził Pan do nauki prawa prywatnego ideę jej reeuropeizacji. Przypomnienie opartej na rzymskim *Corpus Iuris Civilis* ogólnoeuropejskiej nauki prawa w średnio-wiecznej i wczesnonowożytnej Europie zostało przez Pana wskazane jako inspiracja do budowy współ-cześnie ponadnarodowej nauki prawa prywatnego, która to w dalszej przyszłości mogłaby służyć zbliżeniu porządków prawnych krajów Unii Europejskiej. W rzeczywistości powstało stosunkowo wiele grup roboczych przygotowujących projekty ujednolicania wybranych fragmentów prawa prywatnego. Wśród nich jest obszerny Projekt Wspólnej Ram Odniesienia (*Draft Common Frame of Reference*, dalej: DCFR). Od jego opublikowania w roku 2008 bierze Pan aktywny udział w poświęconej mu naukowej krytyce. Dowiadujemy się, że to przedsięwzięcie – choć jest mocno wspierane przez Komisję Europejską – nie prowadzi ku „naturalnie postępującemu ujednolicaniu prawa prywatnego”. Podkreśla Pan, że polityczny plan Komisji, zorientowany na zbudowanie wspólnego prawa zobowiązań umownych, spowodował drastyczne ograniczenie naukowej krytyki DCFR. Nasuwa się w zatem pytanie: Czy polityczną wizję rozwoju Unii Europejskiej, której aktualnym wyrazem jest tzw. Program Sztokholmski, można postrzegać jako zagrożenie dla swobody europejskiej nauki prawa prywatnego?

<sup>1</sup> **Prof. dr hab. Wojciech Dajczak**, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego UAM w Poznaniu, utrzymuje kontakty naukowe z R. Zimmermannem od roku 2005. Dzięki stypendium Fundacji Aleksandra von Humboldta prowadził w roku 2008 badania we współkierowanym przez R. Zimmermanna Instytucie Maxa Plancka w Hamburgu. W czasie tego pobytu prowadził jedną z tzw. *Aktuelle Stunde*, tj. organizowanych przez R. Zimmermanna regularnych dysput o aktualnych problemach dogmatyki, komparatystyki i historii prawa prywatnego.

**R.Z.:** W istocie, od początku mojej działalności w Regensburgu zaangażowałem się w europeizację nauki prawa prywatnego, która stworzyła podwaliny postępu tego procesu. Z tą myślą uczestniczyłem w pracach nad opracowaniem Zasad Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law*, dalej: PECL) oraz nowej wersji Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT*). Ten ostatni projekt łączy się, moim zdaniem, także się z europeizacją prawa prywatnego, choć zyskał już znaczenie ogólnoświatowe. Wymienione projekty ukazują wyraźniej swoiste cechy prawa. Są źródłem inspiracji jego wykładni i dalszego rozwoju. Stały się *imperio rationis* wzorcami regulacji stanowiącymi punkty odniesienia przede wszystkim dla dyskusji naukowej. Nadto mogą służyć jako katalizator „miękkiej” harmonizacji europejskich porządków prawnych. Gdy prześledzi się ostatnie krajowe reformy prawne, proces ten można uznać za już rozpoczęty. Natomiast opracowanie DCFR od początku oceniałem sceptycznie. W przeważającej części zajmowała się nim grupa badaczy, którzy mieli już z góry ustalony plan kodyfikacji. Uważam – podobnie jak wielu prawników w Europie – że nie nadszedł jeszcze na to odpowiedni czas. Ściśle biorąc DCFR jest projektem zbyt ambitnym. Odnosi się do obszarów prawa, w których niemal zupełnie brakuje wspólnych europejskich struktur, pojęć i reguł. Także w zakresie części ogólnej prawa umów, gdzie mamy coś na wzór „wspólnego rdzenia” (*common core*) i co do której DCFR opiera się na PECL, występują poważne braki. Wskazywałem na nie wspólnie z wieloma innymi autorami. DCFR nie nadaje się do tego, by stać się tekstem ustawy. Zapewne dostrzegła to także Komisja Europejska, bo w przeciwnym razie nie wyznaczałaby grupy ekspertów do rewizji DCFR. Niestety, nie można oczekiwać, by doprowadziło to do rzeczowej dyskusji. Komisja Europejska powierzyła znaczną część prac nad rewizją DCFR tym samym osobom, które wcześniej brały udział w jego opracowaniu. Nadto określono osobiście krótki termin dla prac tych ekspertów. Powstało tym samym zagrożenie, że niedojrzały jeszcze dokument stanie się wiążącą regulacją wzorcową. Wskutek tego dalsza naukowa



dyskusja nad kształtem europejskiego prawa umów zostanie powstrzymana w tym sensie, że skupi się na egzegezie tekstu mającego źródło w DCFR.

**W.D.:** W krytyce DCFR akcentował Pan także „koszty”, które niesie ze sobą szybkie przyjęcie go jako obowiązującego prawa. Czy mógłby Pan przybliżyć istotę tego argumentu?

**R.Z.:** Najważniejszy „koszt” wymieniałem przed chwilą. Polega on na zawężeniu zakresu dyskusji naukowej. Jest to fenomen, którego doświadczyliśmy także po wejściu w życie niemieckiego kodeksu cywilnego. Po pierwsze, konieczne byłoby podjęcie raz jeszcze krytycznej dyskusji nad przedłożonym tekstem DCFR. Powinna ona objąć porównanie tego projektu z wszystkimi innymi propozycjami wzorców ujednolicenia prawa. Zresztą DCFR, czy to jako projekt akademicki, czy też polityczny – to jest zatwierdzony w jakiejś formie przez Unię Europejską – powinien w chwili obecnej ograniczyć się do problematyki zobowiązań umownych. I przy takim zawężeniu nie jest jasne, jaki charakter miałyby to prawo umów Unii Europejskiej. Najbardziej prawdopodobne wydaje się, iż byłaby to czwarta z możliwości przewidzianych w Zielonej Księdze, czyli tzw. instrument opcjonalny (*optional instrument*). W takim przypadku wszczęte byłoby natychmiast postępowanie konsultacyjne, w odniesieniu do którego Instytut Maxa Plancka w Hamburgu wypracuje swoje stanowisko. Jest wiele niewyjaśnionych kwestii, jak problem kompetencji, poziomu ochrony konsumentów, konkurencja z narodowymi porządkami prawnymi oraz kwestia nowej dyrektywy poświęconej prawu konsumenckiemu. Wyjaśnienia wymagają wywoływane przez instrument opcjonalny wątpliwości w sferze prawa międzynarodowego prywatnego. Trzeba także rozważyć konsekwencje praktyczne, w szczególności w kontekście jurysdykcji Unii Europejskiej. Oprócz tego należy rozstrzygnąć, czy instrument opcjonalny powinien dotyczyć tylko relacji przedsiębiorca – konsument, czy także umów zawieranych między przedsiębiorcami. Czy ma się odnosić tylko do obrotu międzynarodowego, czy także praktyk krajowych? Zależnie od tego, jak zostaną rozstrzygnięte

wskazane kwestie szczegółowe, różnie będą przedstawiać się „koszty” związane z wprowadzeniem instrumentu opcjonalnego.

**W.D.:** Przedstawiona przez Pana krytyka DCFR nie odnosi się do idei europeizacji prawa umów czy też – w szerszym ujęciu – europeizacji prawa prywatnego. O ile dobrze rozumiem Pański wywód, problemów nastroczają metoda i tempo wypracowywania podstawowych pojęć oraz zasad prawa prywatnego, które w dalszej perspektywie służyłyby praktyce. Wskazanie przez Pana zagrożeń swobody naukowej dyskusji na ten temat skłania do postawienia pytania, czy można zbudować instytucjonalne gwarancje jej ochrony. Przed kilkoma laty Wolfgang Ernst sformułował postulat utworzenia Europejskiego Instytutu Prawa (*European Law Institute*) działającego na podobieństwo Amerykańskiego Instytutu Prawa (*American Law Institute*). Proszę o przybliżenie Pańskiego stanowiska na ten temat.

**R.Z.:** Do idei utworzenia Europejskiego Instytutu Prawa odnoszę się generalnie pozytywnie. Zakładając oczywiście, że mówimy o instytucji politycznej niezależnej, względem której nie założono zbyt ambitnych planów. Lepiej, aby były one na początku wręcz skromne. Projekt powinien dojrzewać powoli, zyskując uznanie i autorytet dzięki wysokiej jakości pracy. Należy jednocześnie oczekiwać, że Instytut nie wchłonie wielu zasłużonych sieci i grup badawczych oraz instytucji, które powstały w ostatnich dwudziestu latach. Powinien stać się usytuowaną ponad nimi płaszczyzną współpracy. Jego zadania miałyby polegać w pierwszym rzędzie na stymulowaniu nawiązywania kontaktów, ułatwianiu wymiany informacji oraz podjęciu roli partnera w rozmowach z ośrodkami politycznymi (na przykład z Komisją Europejską, gdy potrzebna jest akademicka dysputa o nowej dyrektywie czy innym projekcie). W tym celu latem bieżącego roku zajmowałem się próbą powiązania dwóch inicjatyw, które miałyby prowadzić do utworzenia Europejskiego Instytutu Prawa. Chodzi mianowicie o Stowarzyszenie na Rzecz Europejskiego Instytutu Prawa (*Association for a European Law Institute* – ELIA) i florencki Europejski Instytut Uniwersytecki (*European University Institute* – EUI). W związku z tym powstało

tzw. Memorandum Hamburskie (*Hamburg Memorandum*), którego treść jest dostępna w internecie. Żywię głęboką nadzieję, że będziemy dalej postępować według wskazanego tam planu.

**W.D.:** W wypowiedziach politycznych poświęconych ujednolicaniu prawa prywatnego w Unii Europejskiej powtarza się myśl o konieczności uwzględnienia różnorodności systemów i tradycji prawnych Państw Członkowskich. Czytamy o tym także w ustępie Programu Sztokholmskiego dotyczącym prawa prywatnego<sup>2</sup>. Powstaje więc pytanie: jak w świetle dorobku badań historyczno- i porównawczo-prawnych postrzega Pan możliwość wypracowania uwzględniających wskazaną różnorodność wspólnych pojęć i zasad prawa prywatnego?

**R.Z.:** Uważam, że obserwując rozwój, który dokonał się w ostatnich dekadach, możemy mówić o istotnym postępie w obszarze części ogólnej prawa zobowiązań umownych. Badanie genezy różnych zasad prawnych, a także ich analiza porównawcza, pozwalają dostrzec daleko sięgający „wspólny rdzeń”. Zaproponowałem, aby to, co jest teraz do zrobienia, nazwać badaniem różnych wersji historycznych danego tekstu prawnego (*Textstufenforschung*). Wspólnie z Nilssem Jansenem dokonałem tego rodzaju analizy szeregu obszarów prawnych. Na jej podstawie stwierdziłem, że w odniesieniu do kwestii zawierania oraz wykładni umów można uchwycić około 75% jednolitych reguł, także tam, gdzie zachodzą pewne różnice pomiędzy porządkami prawnymi, wynikające z tradycji narodowych, na przykład: czy oferta wiąże składającego? Kiedy umowa dochodzi do skutku? Potwierdzają to zgodnie wyniki wielu prac, jak na przykład: Heinricha Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*<sup>3</sup>; Filippo Ranieriego, *Europäisches Obligationenrecht*<sup>4</sup> czy też *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*<sup>5</sup>.

2 Zob.: O. J. 2010, C. 115, s. 14.

3 H. Kötz, A. Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, t. 1 *Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, die Beteiligung Dritter am Vertrag*, Tübingen 1996.

4 F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien – New York 2009.

5 J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (red.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. 1 i 2, Tübingen 2009.

Trzeba teraz, wychodząc od tego „wspólnego rdzenia”, objaśniać także kwestie poboczne i szczegółowe. W tym celu konieczne jest oczywiście sięgnięcie do narodowych doświadczeń i podjęcie krajowej oraz ponadnarodowej dyskusji nad najważniejszymi rozwiązaniami. Jest zrozumiałe samo przez się, że znaczący będzie tu również ekonomiczny punkt widzenia. Poza zagadnieniami zawierania i interpretacji umów tak daleko idące podobieństwa występują tylko w odniesieniu do sprzedaży. Istotnymi modelami są tu oczywiście Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG) oraz dyrektywa o sprzedaży konsumenckiej. Co do wszystkich innych obszarów prawa zobowiązań, włączając w to delikty i bezpodstawne wzbogacenie, dyskusja dopiero się rozpoczęła. Dotychczas nie wypracowaliśmy w tej dziedzinie nawet jednolitej terminologii!

**W.D.:** Pańska krytyka DCFR nie ogranicza się do metody tworzenia i opiniowania tego projektu. Pisał Pan także o zagrożeniu fundamentalnej dla prawa umów wartości – wolności kontraktowania. Proszę zatem na zakończenie o przybliżenie Pańskich inspiracji i motywacji tego rodzaju oceny.

**R.Z.:** Bez wątpienia zasadnicze znaczenie dla powstania tego rodzaju problemu miało nieskoordynowane rozszerzanie się europejskiego prawa ochrony konsumentów, którego doświadczyliśmy w ostatnich latach. Wprawdzie przed kilkoma laty Komisja Europejska uznała celowość rewizji dorobku w zakresie prawa konsumenckiego, ale postulat ten nie został dotychczas zrealizowany. Nie uczyniła tego w szczególności Grupa *Acquis* w ramach prac nad projektem dyrektywy o prawach konsumentów. Uważam, że należy gruntownie przerzedzić ogrom obowiązków informacyjnych po stronie sprzedawcy. Trzeba także zadać sobie pytanie, czy uprawnienia do odstąpienia od umowy, które kompromitują przecież zasadę *pacta sunt servanda*, opierają się na racjonalnych z punktu widzenia polityki prawa przesłankach. Należy bowiem odpowiedzieć, jakie one są, i dopiero wtedy, adekwatnie do udzielonej odpowiedzi, ukształtować uprawnienia do odstą-

pienia od umowy. Na inne problemy wskazaliśmy w artykule opublikowanym w „JuristenZeitung” w roku 2008<sup>6</sup>. Jest w nim mowa o ograniczeniu autonomii woli, znacząco wykraczającym poza granice procesu ewolucji prawa prywatnego, określanego jako „materializacja autonomii woli”. Nasza krytyka opiera się na argumentcie, że przekroczona została granica funkcjonalnego precyzowania granic autonomii woli. Istotne wydaje mi się to, aby wiodąca w prawie prywatnym była idea takiego jego ukształtowania, aby gwarantowało ono swobodę podmiotu do samodzielnego określenia swojej sytuacji. Mechanizmy ochrony są konieczne tam, gdzie zwykle obie strony umowy nie mogą samodzielnie decydować. Swoboda umów nie jest bowiem wartością samą w sobie, lecz środkiem do celu, jakim jest wolność samodzielnego określenia swojej sytuacji w obrocie.

**W.D.:** Dziękuję bardzo za rozmowę.

### Wybrane publikacje Reinharda Zimmermanna:

1. „A European Civil Code in all but name”: Discussing the Nature and Purpose of the Draft Common Frame of Reference, „Cambridge Law Journal” 2010, s. 98–112 (wspólnie z N. Jansenem).
2. Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen, „Juristische Blätter” 2010, s. 205–216.
3. „Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest”: Kränkungen der Testierfreiheit des Erblassers – englisches im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Recht [w:] *Festschrift für Klaus J. Hopt*, Berlin 2010, s. 269–302.
4. *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (red.), Tübingen 2009.
5. The Present State of European Private Law, „American Journal of Comparative Law” 2009, s. 479–512.
6. Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2009, s. 319–232.
7. *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative* (red.), Edinburgh 2007.
8. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (red.), t. 1, Tübingen 2003, t. 2, Tübingen 2007.
9. *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Berlin 2006.
10. *The Oxford Handbook of Comparative Law* (red.), Oxford 2006.
11. *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005.
12. *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts* (red.), Tübingen 2005.
13. *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn 2004.
14. *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts* (red.), Frankfurt 2003.
15. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002.
16. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001.
17. Savigny’s Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, Tübingen 2000.
18. *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (red.), Heidelberg 2000.
19. *Good faith in European Contract Law* (red.), Cambridge 2000.
20. *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (red.), Berlin 1998.
21. *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quicentenary Essays* (red.), Berlin 1997.
22. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, wyd. 2. Oxford 1996.
23. *Southern Cross – Civil Law and Common Law in South Africa* (red.), Oxford 1996.
24. *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht* (red.), Tübingen 1995.
25. *Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992.

6 Zob.: H. Eidenmüller, F. Faust, H. Chr. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, *JuristenZeitung* 2008, z. 11, s. 529–584.

26. *Das römisch-holländische Recht in Südafrika – Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*, Darmstadt 1983.
27. *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? – Die Rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Berlin 1979.



**Lech Morawski**

*Od 1998 r. kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa UMK w Toruniu.*

*Od 1999 r. profesor nauk prawnych. Członek International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) oraz wielu towarzystw naukowych polskich i zagranicznych.*

*W latach 1989–1990, 1999 i 2004 przebywał na stypendium Humboldta. W 1989 r. otrzymał I nagrodę w konkursie miesięcznika „Państwo i Prawo” na najlepszą pracę habilitacyjną. Autor kilkudziesięciu rozpraw naukowych, w tym monografii:*

*Domniemania a dowody prawnicze (1981), Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe (1988), Główne problemy współczesnej filozofii prawa (4 wyd. 2005); komentarzy i podręczników:*

*Zasady wykładni prawa (2 wyd. 2010), Wstęp do prawoznawstwa (12 wyd. 2009). Współautor wielu opracowań zagranicznych, m.in.: Interpreting Precedents. A Comparative Study (Dartmouth 1997), The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe (Dartmouth 1999), Stressing Judicial Decisions (2004), Legal Policy and Courts, Kluwer 2008.*

**Lech Morawski**

# Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów

## **Sovereignty and International Law – From the Law of States to the Law of Peoples**

*In my dissertation I defend the thesis that international law is currently witnessing a fundamental breakthrough which I call the “Kantian breakthrough”, and which can simply be characterized as a transition of international law from the law of states to the law of peoples. In other words, it is possible to understand international law as an instrument for coordinating relations between states, or as an instrument for the protection of the collective goods of the entire international community. These processes are accompanied by a radical change of the concept of sovereignty from one that claims that the relations between the state and its citizens are in principle reserved for the exclusive competence of the state, to one that sees state sovereignty in its necessary connection with popular sovereignty and the right to self-determination and human rights. I refer to the ideas which are connected with Kant’s conception included in his philosophical essay: “Zum ewigen Frieden”.*

I. Problematyka suwerenności stała się w czasach nam współczesnych przedmiotem ożywionych debat nie tylko w kręgu przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, ale również filozofii prawa i polityki. Niniejszy artykuł został napisany z perspektywy filozoficzno-prawnej, ale autor ma nadzieję, że pozwoli on przynajmniej

lepiej zrozumieć przedstawicielom nauki prawa międzynarodowego ten punkt widzenia, który zajmuje bardzo ważne miejsce we współczesnej filozofii prawa i polityki.

W mojej rozprawie chciałbym bronić tezy, że prawo międzynarodowe zmierza do zasadniczego przełomu, który będę nazywał zwrotem kantowskim, a który

w uproszczeniu można scharakteryzować jako przechodzenie w dziedzinie prawa międzynarodowego od prawa państw do prawa państw i ludów, a więc od takiego pojmowania prawa międzynarodowego, w którym jest ono traktowane przede wszystkim jako instrument koordynacji stosunków między państwami w drodze dwu- lub wielostronnych umów, do których państwa mogą przystąpić albo nie, do takiego rozumienia, w którym prawo międzynarodowe staje się również instrumentem ochrony dóbr wspólnych całej społeczności międzynarodowej. Tak rozumiane prawo międzynarodowe reguluje już nie tylko stosunki między państwami, ale również stosunki między państwami i obywatelami oraz ich organizacjami. Procesom tym towarzyszy radykalna przemiana pojęcia suwerenności – od takiego jej pojmowania, w którym wzajemne relacje między państwem a obywatelami są w zasadzie zastrzeżone do wyłącznej kompetencji państwa, do takiego, w którym suwerenność państwa postrzega się w jej koniecznym związku z suwerennością ludu i prawami człowieka<sup>1</sup>. Idee, o których tutaj będę pisał, wywodzą się z idei, które zawarł I. Kant w swojej rozprawie *O wiecznym pokoju* z 1795 r.<sup>2</sup> W czasach nam współczesnych jej najwybitniejszymi kontynuatorami stali się J. Rawls i J. Habermas, i to przede wszystkim oni nadali rozgłos tej idei, którą nazwałem zwrotem kantowskim w prawie międzynarodowym<sup>3</sup>. To ich projekty, jak

sądzę, uświadamiają nam w najgłębszy sposób konieczność poddania w wątpliwość tradycyjnego rozumienia suwerenności i zbudowania go na nowych podstawach. Dodać należy, że zwrot kantowski jest już dzisiaj bardzo wyraźny w zachodniej filozofii prawa i nauce prawa międzynarodowego<sup>4</sup>. W pełni zdaję sobie też sprawę z faktu, że przekształcenie prawa międzynarodowego z prawa państw w prawo ludów<sup>5</sup> dość znacznie odbiega od tego, czym jest dzisiaj prawo międzynarodowe, i zrealizowanie tej idei nie jest przedsięwzięciem łatwym. Istnieje jednak wiele dowodów na to, że jest możliwe. Stanowczo podkreślał to J. Rawls i z tego powodu swój projekt reformy prawa międzynarodowego nazwał realistyczną utopią<sup>6</sup>. Zjawiska, o których będę tutaj pisał, trudno jest jednoznacznie umiejscowić w czasie. Niewątpliwie jednak szczególną dynamikę nadały im procesy integracji europejskiej oraz upadek imperium sowieckiego, bo to one stworzyły największą szansę, by Europa i świat stały się nie tylko wspólnotą rynków, handlu i komunikacji, ale również wspólnotą praw i wartości<sup>7</sup>. Zagrożeniem

and the Legitimation problems for World Society [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009.

1 W naszym kraju podobnie uważają S. Sykuna, J. Zajadło, *International Justice – Between State Sovereignty and Human Rights* [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009.

2 I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce. Do wiecznego pokoju*, Toruń 1995.

3 Swoją ideę prawa ludów J. Rawls najpierw wyłożył w krótkim artykule opublikowanym w 1993 r. w „Critical Inquiry” (no. 20), a w 1999 r. rozwinął ją i nadał jej formę książki (*Law of Peoples*, University of Chicago Law Review 1997, vol. 64, no. 3, wyd. polskie *Prawo ludów*, Warszawa 2001). Jürgen Habermas rozwijał tę ideę w różnych swoich pismach; por. m.in.: J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1999, tenże, *The Kantian Project of the Constitutionalization of International Law. Does It Still Have a Chance?* [w:] *Law and Justice in a Global Society*, IVR, Granada 2005, tenże, *The European Nation State. Its Achievements and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship*, „Ratio Juris” 9, tenże, *The Constitutionalization of International Law*

4 F.R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, D. Held, *Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty*, „Legal Theory” 2002, nr 8, E.-U. Petersmann, *From the State Sovereignty to the Sovereignty of Citizens* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, D. Deudney, *Binding Sovereigns and Geopolitics in Philadelphia Systems* [w:] *State Sovereignty as a Social Contract*, ed. T.J. Biersteker i C. Weber, Cambridge University Press 1996, J. Nijman, *Sovereignty and Personality. A Process of Inclusion* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

5 Termin „[międzynarodowe] prawo ludów” jest oczywiście tylko wygodnym skrótem myślowym i jeżeli co innego nie wynika z kontekstu, oznacza prawo, które reguluje nie tylko stosunki między państwami, ale także relacje między państwem, jednostkami, grupami jednostek, a także ich organizacjami. Skrót ten jest powszechnie używany w literaturze – por. prace cytowane wyżej.

6 J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 12, 21, 182.

7 J. Habermas widzi próby realizacji idei Kanta w powołaniu Ligi Narodów, potem ONZ, ale przyznaje, że dopiero upadek bloku sowieckiego dał tej ostatniej organizacji szansę przekształcenia społeczności międzynarodowej we wspólnotę praw i wartości – por. J. Habermas, *The Kantian Project of*



dla tej szansy są nadal reżimy totalitarne oraz wojujący fundamentalizm arabski.

Chciałbym wreszcie bardzo mocno podkreślić, że w moim artykule bynajmniej nie kwestionuje pojęcia suwerenności ani też nie uważam jej – by nawiązać do sformułowania jednego z autorów – za taki sam relikty historii jak maszyna do pisania czy lokomotywa parowa<sup>8</sup>, ale sądzę, że w czasach nam współczesnych pojęcie suwerenności musi być zbudowane na nowych podstawach i w tym sensie jego klasyczna interpretacja jest rzeczywiście archaiczna.

Zanim przystąpimy do naszkicowania istoty zwrotu kantowskiego – świadomie piszę tutaj o szkicu, bo rozmiary artykułu nie pozwalają na nic więcej – chciałbym poczynić kilka uwag metodologicznych. Mam bowiem wrażenie, że w wielu debatach na temat suwerenności ujawniają się poważne błędy metodologiczne, które kładą się cieniem na jakości tych

są z przyrodzenia równi i wolni, tak państwa z swojej istoty są suwerenne<sup>10</sup>. Takie założenie jest jednak nie do utrzymania. Możemy bowiem sensownie dociekać, czy do istoty człowieczeństwa należy – idąc za zabawnym sformułowaniem Platona – bycie istotą dwunożną nieopierzoną, a do istoty bycia słoniem posiadanie trąby, ale spieranie się o to, czy do istoty suwerenności należy to, że przysługuje ona wyłącznie państwom lub że polega ona na tym, że jedynie państwo ma na swoim terytorium kompetencję prawodawczą, jest tak samo bezsensowne jak spór o to, czy zdolność prawa może ze swojej natury przysługiwać jedynie ludziom, a zdolność do czynności prawnych wyłącznie osobom pełnoletnim, ponieważ dobrze wiemy, że ta ostatnia kwestia nie wynika z dywagacji nad istotą czy naturą zdolności prawnej, ale z decyzji prawodawczych. Niedowiarkom przypomnieć tylko trzeba, że w przeszłości zdolność prawną posiada-

## W czasach nam współczesnych pojęcie suwerenności musi być zbudowane na nowych podstawach i w tym sensie jego klasyczna interpretacja jest archaiczna.

debat. Pierwszy z tych błędów można nazwać błędem naturalistycznym<sup>9</sup>. Polega on na takiej analizie suwerenności, jakby była ona faktem empirycznym, a więc faktem należącym do tej samej klasy obiektów, co powiedzmy ludzie lub słonie, a nie faktem instytucjonalnym czy konstruktem społecznym, a więc takim samym wytworem reguł języka prawnego jak prawo własności czy zdolność prawna. Błąd naturalistyczny przyjmuje bardzo często postać analogii organicystycznej, to jest założenia, że tak jak ludzie

ły również zwierzęta, i aby do reszty podważyć ich metodologiczne *credo*, wskazać należy, że i dzisiaj wielu przedstawicieli ruchów ekologicznych żąda, by posiadały one zdolność prawną, ponieważ ich zdaniem istniejące regulacje prawne bronią interesów biznesu i w zbyt małym stopniu chronią zasoby przyrody. Dokładnie tak samo jest z suwerennością. Jak zauważa D. Philpott, w świecie średniowiecza nikt nie był suwerenny, a procesy globalizacyjne nie przypadkiem określa się mianem nowej medetywizacji<sup>11</sup>. Suwerenność nie jest więc ani warunkiem koniecznym ani warunkiem wystarczającym istnienia

*the Constitutionalization of International Law. Does It Still Have a Chance?* [w:] *Law and Justice in a Global Society*, IVR, Granada 2005, s. 117.

8 W. Sadurski, *Pożegnanie z suwerennością*, Rzeczpospolita, 20–21 lipca 2002.

9 Pojęcie błędu naturalistycznego pochodzi od G. Moore'a (*Zasady etyki*, Warszawa 1909, s. 8). Na temat różnych interpretacji tego pojęcia – por. J. Hospers, *Główne teorie metaetyczne*, s. 38, i A. Pap, *Teorie metaetyczne*, s. 26, obie prace [w:] *Metaetyka*, red. I. Lazari-Pawłowska, Warszawa 1975.

10 Por. F.R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, s. 42.

11 D. Philpott, *Resolutions in Sovereignty*, Princeton and Oxford 2001, s. 78, A. van Staden, H. Volland, *The Erosion of State Sovereignty: Towards a Postterritorial World?* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 179.



wspólnoty politycznej czy państwa<sup>12</sup>. To zatem reguły języka prawnego i praktyka międzynarodowa, a nie spekulatywne dywagacje nad istotą suwerenności mogą rozstrzygać, kto może być suwerenem, na czym polega suwerenność i jaki jest jej zakres<sup>13</sup>. To jest właśnie powód, dla którego wiele dyskusji na temat suwerenności wydaje się wadliwych metodologicznie i bezpłodnych. Właściwym bowiem pytaniem w tej sprawie nie jest to, co należy do istoty suwerenności, ale to, czy ukształtowane w praktyce i źródłach prawa międzynarodowego pojęcie suwerenności dobrze odpowiada wyzwaniom naszych czasów, a jeśli nie, to jakim należy je poddać modyfikacjom, by mogło sprostać tym wyzwaniom. Przyjmując powyższą tezę, nie twierdząc oczywiście, że suwerenność, prawo własności czy podmiotowość prawną możemy kształtować całkowicie dowolnie, bo wtedy zapewne nie będą one mogły służyć celom, dla których je powołano, ale trzeba zdawać sobie sprawę, że należą one do zupełnie innych kategorii ontologicznych niż ludzie i słonie.

Drugi fundamentalny błąd w dyskusjach nad suwerennością można nazwać błędem z góry założonej tezy. Suwerenność w naszych czasach stała się dla jednych przedmiotem bezkrytycznego uwielbienia, a dla innych największym złem, w imię którego prowadzi się wojny i dokonuje czystek etnicznych. Jedni i drudzy tak konstruują aparat metodologiczny, by udowodnić z góry przyjęty punkt widzenia. Myślę, że błąd z góry założonej tezy jest jednak znacznie groźniejszy w przypadku obrońców suwerenności, bo ich teorie zwykle bardziej odbiegają od rzeczywistości niż teorie ich przeciwników. Pod tę kategorię błędu podpadają na przykład te teorie obrońców suwerenności, którzy

twierdzą, że tylko podporządkowanie prawne innemu państwu oznacza ograniczenie suwerenności państwa, natomiast te ograniczenia kompetencji i władzy państwa, które wynikają z prawa międzynarodowego czy prawa UE, jeśli są tylko zgodne z normami tego prawa, w żadnym przypadku nie mogą być traktowane jako ograniczenia suwerenności<sup>14</sup>. Idąc tym tokiem rozumowania należałoby przyjąć, że kara pozbawienia wolności czy ograniczenia wolności (sic) nie ogranicza wolności człowieka, jeśli tylko jest zgodna z kodeksem karnym. Dziwaczność konstrukcji, do których odwołują się wyznawcy doktryny z góry założonych tez, nie pozwala im dostrzec, że zaczynają bronić nonsensownych poglądów. Do krainy absurdu przenosi nas na przykład twierdzenie, że rezolucja 687 (1991) RB, która nałożyła na Irak obowiązek zniszczenia wszystkich broni chemicznych i biologicznych, zakazywała budowy pewnych pocisków balistycznych, czy rezolucja 1244 (1999) powołująca Misję Tymczasowej Administracji ONZ w Kosowie nie stanowiły ograniczenia suwerenności Iraku czy Serbii, tylko ograniczenie ich kompetencji, ponieważ rezolucje te były zgodne z prawem międzynarodowym<sup>15</sup>. Teorie tego rodzaju nieodparcie przywodzą na myśl nadęty nonsens heglowsko-marksowskiej nauki o wolności jako zrozumieniu konieczności. Musimy przyjąć do wiadomości banalny fakt, że ograniczenia suwerenności przez prawo były, są i zawsze będą czymś normalnym, tak samo jak ograniczenia prawa własności czy ludzkiej wolności, bo prawo służy w końcu również do tego, by ograniczać wszelkie uprawnienia tam, gdzie mogą być one nadużywane lub wykorzystywane do osiągnięcia niedobrych celów i nie ma żadnej potrzeby ukrywania tego faktu za zasłoną dziwacznych konstrukcji. Suwerenności nie obroni się za pomocą gier językowych i czarowania słów, ale tworząc odpowiednie instytucje i na tym powinny się skupić nasz wysi-

12 N. McCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 129.

13 W tym sensie suwerenność jest faktem instytucjonalnym wykreowanym przez reguły języka prawnego, por. N. McCormick, *Law as an Institutional Fact* [w:] N. McCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, czy też konstruktem społecznym, a nie faktem naturalnym – por. T.J. Biersteker, C. Weber, *State Sovereignty as a Social Construct* [w:] *State Sovereignty as a Social Construct*, ed. T.J. Biersteker i C. Weber, Cambridge University Press 1996. Innymi słowy „suwerenność” jest pojęciem prawnym, a nie faktycznym – por. L. Morawski, *Law, Fact and Legal Language*, ed. N. McCormick [w:] „*Law and Philosophy*” 1999, vol. 18.

14 J. Kranz, *Suwerenność państwa i prawo międzynarodowe. Spór o Suwerenność*, red. W.J. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 107, 136, R. Kwiecień, *In Defense of the Idea of State Sovereignty in International Law*, Polish Yearbook of International Law 2004 2005, vol. 27, s. 91, tenże, *Sovereignty of European Union Member States* [w:] *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspective*, A. Bodnar i inni, Heidelberg 2003, s. 343.

15 J. Kranz, dz. cyt., s. 113.

łek. Twierdzenie, że suwerenność państwa może być ograniczona, jest zresztą akceptowana w konstytucjach i orzecznictwie konstytucyjnym wielu państw<sup>16</sup>. Gdy w taki sposób spojrzymy na nasz problem, to musimy dojść do wniosku, że przynajmniej w demokratycznym świecie nie ma takiej władzy, która by nie podlegała prawnym ograniczeniom i w tym sensie pojęcie absolutnej i niepodzielnej suwerenności stało się dzisiaj martwe<sup>17</sup>. Ideę absolutnej i niepodzielnej suwerenności porzucili również wielcy reformatorzy pozytywizmu z Hartem i MacCormickiem na czele, którzy twierdzą wprost, że idea ta nie jest koniecznym założeniem ani prawa wewnętrznego ani prawa międzynarodowego<sup>18</sup>.

- 16 Możemy tutaj wymienić na przykład konstytucję francuską (1946), włoską (1948), niemiecką (1949) czy holenderską (1956) – por. B. de Witte, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, "Maastricht Journal of European and Comparative Law" 1995, nr 2, s. 150. Nie sposób zapomnieć o słynnym wyroku ETS Costa/Enel z 1964 r. Bardzo popularny jest też pogląd, że suwerenność może być podzielona między różne instytucje, na przykład UE i państwa członkowskie (tzw. *divided, shared, pooled sovereignty*) – N. Walker, *Late Sovereignty in the European Union* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 150, J.H. Jackson, *Sovereignty – Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, "The American Journal of International Law" 2003, vol. 97, s. 758, H. Lindahl, *Sovereignty and Representation in the EU*, R. Bellamy, *Sovereignty, Post-Sovereignty, Pre-Sovereignty. Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU*, obie prace [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003.
- 17 F.X. Perez, *Cooperative Sovereignty, From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, Hague – London – Boston 2000, s. 60. Teza, że suwerenność może podlegać ograniczeniom, była też oczywiste dla klasyków suwerenności. I tak u J. Bodina w *Sześciu księgach o Rzeczypospolitej* znajdziemy następujące słowa: „Každy ziemski władca jest poddany prawu Boga, natury oraz prawom ludzkim wspólnym dla wszystkich ludzi” – cyt. za: H. Lindahl, *Sovereignty and Symbolization* [w:] „Rechtstheorie” 28, s. 353. Por. też R. Jennings, *Sovereignty and International Law* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 28. Podobnie uważali Suárez, Gentile i Grocjuż – por. F.X. Perez, dz. cyt., s. 38. Idea absolutnej i nieograniczonej suwerenności państwa była zawsze sprzeczna z pryncypiami społecznej nauki Kościół – por. J.H.J. Höffner, *Chrześcijańska nauka społeczna*, Warszawa 1999, s. 250.
- 18 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 46, 100, 113, N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999,

Trzeci błąd, który mógłbym zarzucić dyskusjom nad suwerennością, to fakt, że są one prowadzone wyraźnie w ramach paradygmatu pozytywistycznej nauki prawa. W 1899 r. w głośnej sprawie *Riggs v. Palmer* Sąd Apelacyjny w Nowym Jorku stanął przed problemem, czy może dopuścić do dziedziczenia mordercę spadkodawcy, ponieważ żadna reguła *common law* nie wykluczała od dziedziczenia zabójcy spadkodawcy. Sąd jednak pozbawił zabójcę prawa do spadku, powołując się na zasadę prawną, w myśl której nikt nie powinien odnosić korzyści z wyrządzonego zła. To na podstawie tego orzeczenia R. Dworkin rozwinął kilkadziesiąt lat później swoją słynną teorię zasad prawnych wskazując, że prawo to nie tylko zbiór przepisów prawnych, ale również zasad, norm programowych, wartości oraz innych standardów<sup>19</sup> i że one również mogą być źródłem naszych praw i obowiązków. Nie możemy tutaj obszernie rozważać logiki stosowania standardów, która w teorii prawa ma przeogromną literaturę, i ograniczymy się do ogólnej uwagi, że standardy nie podlegają mechanicznemu stosowaniu tak jak zwykle przepisy prawne (na przykład przepis, że umowa o przeniesienie własności nieruchomości bez aktu notarialnego jest nieważna), ale w każdym przypadku ich zastosowanie zakłada ocenę ich wagi czy też doniosłości

s. 129, por. też Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, s. 345, oraz E. Garzón Valdés, *Die gesetzliche Begrenzung des statlichen Souveräns*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1982, vol. LXVIII.

- 19 Teorię zasad prawnych sformułował R. Dworkin w artykule *The Model of Rules* [w:] *Law, Reason and Justice*, ed. G. Hughes, New York – London 1969, a następnie rozwinął w całym szeregu innych prac: *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1980; *A Matter of Principle*, Oxford 1986; *Law's Empire*, London 1986. W tym zakresie ważne też są prace R. Alexego: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, i *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995. W tej pracy standardami będę nazywał te wszystkie normy, o których zastosowaniu rozstrzyga ocena ich wagi czy też doniosłości w danej sprawie, por. L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny. Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001. Wedle dominującego poglądu do standardów zalicza się również prawa i wolności obywatelskie. Zgola inaczej używa się tego terminu w nauce prawa międzynarodowego, por. M. Balcerzak, *Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy jako forma pozatraktatowej działalności normatywnej i harmonizującej w dziedzinie praw człowieka* [w:] *Rada Europy – 60 lat na rzecz jedności europejskiej*, red. I. Gluszyńska, K. Lankosz, Bielsko-Biała 2009, s. 8.

w rozstrzygnięciu danego przypadku, a w szczególności wymaga rozstrzygnięcia, czy dana zasada nie musi ustąpić miejsca innym standardom uważanym na skali wartości danego porządku prawnego za istotniejsze<sup>20</sup>. Okoliczność, że waga różnych zasad i standardów, takich na przykład jak pojmowanie ludzkiej wolności, prawa własności czy władzy rodzicielskiej, zmienia się w czasie, jest naturalnym faktem naszego życia i fakt ten stale musimy brać pod uwagę. To samo odnosi się do suwerenności, której pojmowanie i doniosłość w skali dóbr chronionych przez prawo międzynarodowe również ulega zmianom.

Osobliwość logiki stosowania standardów pozwala nam wreszcie zrozumieć trudny do wytłumaczenia dla pozytywistów fenomen, dlaczego na naszych oczach dokonuje się zwrot kantowski w prawie międzynarodowym, mimo że zasadniczy trzon norm prawa międzynarodowego z Kartą NZ, Konwencją Wiedeńską o Prawie Traktatów i Międzynarodowymi Paktami Praw Człowieka z 1966 r. wraz z zawartymi w tych aktach fundamentalnymi zasadami prawa międzynarodowego, mianowicie zasadą suwerennej równości wszystkich państw, zakazem interwencji w sprawy należące do wewnętrznej kompetencji państwa oraz prawem do samostanowienia wszystkich ludów literalnie nie uległ zasadniczej zmianie. Zmieniała się jednak logika stosowania tych zasad, ich miejsce w uznawanym przez wspólnotę międzynarodową porządku preferencji oraz sposób pojmowania wzajemnych relacji i rozwiązywania konfliktów między nimi. Krótko mówiąc, zmieniły się zasady interpretacji podstawowych standardów w prawie międzynarodowym. Zwrot kantowski w nauce i praktyce prawa międzynarodowego jest więc przede wszystkim zwrotem interpretacyjnym, a nie rewolucją w zakresie źródeł prawa międzynarodowego i do twierdzenia tego przywiązuję szczególną wagę. Posłużmy się tylko jednym przykładem. W Karcie NZ mówi się z jednej strony o zasadzie stanowienia narodów (art. 1), a z drugiej – o zasadzie suwerennej równości wszystkich państw (art. 2). Podobnie Deklaracja Zasad Prawa Międzynarodowego z 1970 r.

powołuje się na prawo do samostanowienia każdego ludu, który może swobodnie decydować o swoim ustroju politycznym, ekonomicznym i społecznym, a wśród elementów, które składają się na zasadę suwerennej równości państw, wymienia się prawo każdego państwa do decydowania o swoim ustroju<sup>21</sup>. Musi być oczywiste, że prawo do samostanowienia ludów/narodów niekoniecznie jest tożsame z takim samym prawem państw, a rozstrzygnięcie tego konfliktu na rzecz jednej lub drugiej zasady oznaczać będzie fundamentalną zmianę w sposobie pojmowania suwerenności. Zwrot kantowski polega właśnie na całkowicie nowym zinterpretowaniu wzajemnych relacji między suwerennością państwa a suwerennością ludu i prawami jednostek ludzkich.

Inną fundamentalną cechą standardów jest wreszcie to, że ogromna większość z nich, włącznie z zasadą suwerenności, została sformułowana za pomocą pojęć niedookreślonych semantycznie, a tym samym podatnych na różne interpretacje. Także ten fakt pozwala nam zrozumieć, że sens takich pojęć jak suwerenność może wskutek coraz to nowych interpretacji ulegać – i rzeczywiście ulega – ciągłym zmianom.

Warto podkreślić, że ewolucja prawa międzynarodowego jest jedynie pewną tendencją, procesem nasilającym się w czasie, a nie ściśle uporządkowaną sekwencją zdarzeń. Dlatego też zdarza się, że pewne akty wcześniejsze, jak na przykład Konwencji Genewskie o Traktowaniu Jeńców Wojennych i o Ochronie Osób Cywilnych (1949), mogą być uznane za zwiastuny przemian, a wiele aktów późniejszych, takich jak Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów (1969), to mimo wszystko nadal wyraz tradycyjnego pojmowania prawa międzynarodowego i suwerenności.

Kolejny, i to bardzo poważny, błąd w rozważaniach nad suwerennością polega wreszcie na tym, że nie zawsze dostatecznie starannie odróżniamy deskryptywny i normatywny punkt widzenia, a więc suwerenność w sensie faktycznym, która oznacza, że państwo czy lud jest faktycznie niezależny w wyrażaniu swojej woli i podejmowaniu decyzji, od suwerenności państwa/ludu w sensie normatywnym, a więc prawa państwa/

20 Szczegółowo o kwestii rozwiązywania konfliktów między standardami, zasadami i zwykłymi regułami prawnymi – por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 130, a w szczególności s. 134.

21 S. Lee, *A Puzzle of Sovereignty*, "California Western International Law" Journal 1977, vol. 22, s. 248.

ludu do podejmowania autonomicznych decyzji<sup>22</sup>. Gdy będziemy te dwa pojęcia odróżniać, to nie powinna budzić naszego zdziwienia okoliczność, że państwo może pozostawać w sensie prawnym suwerenne, a mimo to utracić znaczną część swojej faktycznej suwerenności, wtedy na przykład, gdy całkowicie dobrowolnie dokona cesji wielu swoich uprawnień, na przykład w zakresie tworzenia i stosowania prawa, na inny podmiot. Myślę, że ten błąd jest nagminnie popełniany w dyskusjach o wzajemnych relacjach między UE i państwami członkowskimi. Chciałbym dodać, że moje dalsze wywody będą się odnosić przede wszystkim do normatywnego aspektu suwerenności, chyba że co innego wynika z ich kontekstu.



## **Państwo może pozostawać w sensie prawnym suwerenne, a mimo to utracić znaczną część swojej faktycznej suwerenności.**

II. Zanim przystąpimy do analizy klasycznego pojęcia suwerenności, musimy rozstrzygnąć pewną kwestię wstępną. Jak wiadomo, suwerenność jest przypisywana bardzo różnego rodzaju podmiotom. Najczęściej przyjmuje się, że jest ona atrybutem: a) państwa b) organu państwa, c) ludu/narodu, d) instytucji ponadnarodowych, a nawet e) jednostki ludzkiej<sup>23</sup>. Nie chcę tutaj zagłębiać się w skomplikowane dywagacje, w jakich relacjach pozostają do siebie te różne suwerenności, i wskażę tylko, że zwrot kantowski, który zaczyna się dokonywać we współczesnym prawie międzynarodowym, wiąże się z zasadniczo odmienną interpretacją relacji między suwerennością państwa a suwerennością ludu oraz wolnością jednostek ludzkich. W moim bowiem pojęciu tak popularne w społecznej nauce Kościoła odwoływanie się do konstrukcji suwe-

renności osoby ludzkiej<sup>24</sup> jest tylko innym sposobem mówienia o jej przyrodzonej wolności i z tego punktu widzenia problem suwerenności państwa musi być rozpatrywany w relacji do praw człowieka. Nie będę natomiast nawiązywał do konstrukcji suwerenności organu państwa<sup>25</sup>, ponieważ moim zdaniem konstrukcja ta jest ściśle powiązana z ideą rządów absolutystycznych i zaczęła chylić się ku upadkowi wraz z kształtowaniem się nowoczesnej demokracji parlamentarnej. Zasada podziału władzy, która stanowi rdzeń współczesnego parlamentaryzmu, pozostaje bowiem w absolutnej sprzeczności z możliwością sprawowania pełnej i niepodzielnej władzy przez jakikolwiek

organ państwowy<sup>26</sup>. Wiele teoretyków nie bez racji uważa, że nie do pogodzenia z ideą suwerenności spoczywającej w rękach tylko jednego organu jest również idea państwa federalnego. Fascynujący

22 B. de Witte, dz. cyt., s. 146, N. Walker, *Introduction* [w:] *Relocating Sovereignty*, ed. N. Walker, Ashgate, Dartmouth 2006, s. XI, E.-U. Petersmann, dz. cyt., s. 147, A. Marszałek, *Suwerenność a integracja europejska w perspektywie historycznej*, Łódź 2002, s. 243, 342.

23 J. Höffner, dz. cyt., A. Marszałek, dz. cyt., s. 19, 51, 259.

24 Najbardziej wyrazistym przykładem doktryny suwerenności organu państwowego była słynna doktryna suwerenności parlamentu powszechnie przyjmowana w prawie brytyjskim, ale ostateczne pożegnanie z nią nastąpiło wraz z przyjęciem The European Communities Act oraz decyzją Izby Lordów z 1990 r. w sprawie Factortame, które oznaczały, że również parlament brytyjski jest związany aktami prawa wspólnotowego. Na ten temat: M. Elliot, *Parliamentary Sovereignty and The New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, Legal Studies 2002, vol. 22, H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, „The Cambridge Law Review” 1955, vol. 14, B. de Witte, dz. cyt., s. 160.

25 M. Cartabia, *The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 310.

26 R. Keohane, *Ironies of Sovereignty. The European Union and United States*, „Journal of Common Market Studies” 2002, vol. 44, s. 745, R. Bellamy, dz. cyt., s. 195, J. Goldsworthy, *The Debate about Sovereignty: A Historical and Comparative Debate* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 443.

jest oczywiście problem, jak na suwerenność państwa wpływa jego przynależność do pewnych organizacji międzynarodowych, takich na przykład jak UE, ale do tych kwestii będziemy się odnosić jedynie wypadkowo, gdyż wymagają one osobnego opracowania.

Spróbujmy teraz scharakteryzować istotę klasycznego pojmowania suwerenności, które teoretycy prawa międzynarodowego zwykli uważać za element systemu westfalskiego społeczeństwa międzynarodowej, a który z perspektywy teorii i filozofii prawa najtrafniej byłoby nazwać modelem pozytywistycznym suwerenności<sup>27</sup>. Fundament klasycznej zasady suwerenności państwa tworzą trzy następujące dyrektywy:

- zasada zwierzchnictwa terytorialnego, a więc zasada, że państwo na swoim terytorium ma pełnię władzy prawodawczej, a tym samym, że to ono autonomicznie określa zakres swoich kompetencji<sup>28</sup>;
- zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne państwa;
- zasada, że zobowiązania międzynarodowe mogą powstać wyłącznie za zgodą państwa<sup>29</sup>.

27 R. Jackson, *Sovereignty in World Politics. A Glance at the Conceptual and Historical Landscape*, "Political Studies" 1999, vol. 67, s. 442, A.B. Murphy, *The Sovereign State System as a Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Consideration* [w:] *State Sovereignty as a Social Contract*, ed. T.J. Biersteker i C. Weber, Cambridge University Press 1996, s. 96, D. Philpott, dz. cyt., s. 35, s. 100.

28 W ujęciu niemieckiego TK państwo suwerenne to takie państwo, które ma kompetencje do samodzielnego określenia granic swoich kompetencji (*Kompetenz-Kompetenz* – M. Loughlin, *The Tenets of Sovereignty* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 68, R. Kwiecień, dz. cyt., s. 96. Zakres ten jest oczywiście w różnych epokach i w państwach różnego typu inny, stąd trafnie przyjmuje się, że próby określenia suwerenności przez wyliczenie kompetencji lub wyróżnienie tzw. domeny wyłącznej państw są skazane na niepowodzenie – por. R. Kwiecień, dz. cyt., s. 97.

29 Co do charakterystyki klasycznego pojęcia suwerenności por. D. Held, dz. cyt., s. 3, J.H. Jackson, dz. cyt., s. 786, M. Loughlin, dz. cyt., s. 59, F.X. Perez, dz. cyt., s. 3. Na klasycznej koncepcji suwerenności opiera się również orzecznictwo sądów międzynarodowych, by wymienić tylko słynne orzeczenia STSM z 9 grudnia 1927 r. w sprawie „Lotus”, w którym stwierdza się, że „International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law”

Istotę klasycznego pojmowania suwerenności trafnie ilustruje lapidarne określenie L. Ehrlicha, który definiuje suwerenność jako samowładność w stosunkach zewnętrznych i całościowość w stosunkach wewnętrznych oraz uznaje, że „podstawowym zjawiskiem dzisiejszej ludzkości jest współistnienie państw suwerennych, a więc państw związanych tylko swoją wolą”<sup>30</sup>. W tym samym duchu wypowiada się w polskiej doktrynie K. Wolfke, gdy pisze, że państwo może być związane tylko swoją własną wolą i w prawie tym nadal obowiązuje zasada „nic o nas bez nas”, która dotyczy nawet norm *ius cogens*, albowiem *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*<sup>31</sup>.

Podstawę normatywną klasycznej koncepcji suwerenności do II wojny światowej wyrażał art. 10 Paktu Ligi Narodów<sup>32</sup>, a obecnie wyraża go przede wszystkim art. 2 Karty ONZ. To w tym ostatnim artykule sformułowano konstytutywne elementy klasycznej koncepcji suwerenności, mianowicie zasadę suwerennej równości wszystkich państw (ust. 1), zakaz używania siły w stosunkach międzynarodowych (ust. 4) oraz zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne państwa (ust. 7).

Źródła prawa międzynarodowego z Kartą NZ na czele odwołują się oczywiście także do zasady samostanowienia ludów (art. 1 karty NZ oraz obydwu Paktów z 1966 r.), która stanowi rdzeń suwerenności każdego ludu, a MTS w jednym ze swoich orzeczeń uznał nawet prawo do samostanowienia za normę *ius cogens*<sup>33</sup>.

(S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) no. 10.

30 L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 6, 123.

31 K. Wolfke, Głos w dyskusji [w:] Suwerenność we współczesnym prawie międzynarodowym, III Ogólnopolska Konferencja Prawa Międzynarodowego – Jabłonna 1990, Warszawa 1991, s. 48. Klasycznego rozumienia suwerenności w naszej doktrynie bronią również: S.E. Nahlik, *Kodeks prawa traktatów*, Warszawa 1976, s. 178, 307, C. Mik, *State Sovereignty and European Integration. Study of General International Law, EU Law and Polish Constitutional Law* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, R. Kwiecień, dz. cyt., s. 96, tenże, *Suwerenność państwa – geneza i rozwój idei w prawie międzynarodowym*, „Studia Prawne” 2002, nr 3.

32 Zgodnie z tym artykułem „Członkowie Ligi zobowiązują się szanować i utrzymywać przeciwko wszelkiej napaści zewnętrznej całość terytorialną i obecną niezależność polityczną wszystkich członków Ligi”.

33 Orzeczenie w sprawie Wschodniego Timoru (1995), cyt. za:



Pojęcie suwerenności ludu/narodu<sup>34</sup> jest bodaj jeszcze bardziej sporne niż pojęcie suwerenności państwa. Jak się wydaje, podstawowym elementem zasady suwerenności ludu/narodu w jego prawnomiędzynarodowym znaczeniu jest prawo każdego ludu/narodu do samostanowienia, które oznacza że lud/naród, który tworzy wspólnotę terytorialną, ma, po pierwsze, prawo do autonomicznego decydowania o wszystkich zasadniczych sprawach życia publicznego, a w szczególności o swoim ustroju politycznym,

ludu w konfrontacji z prawem każdego państwa do integralności terytorialnej budzi wiele kontrowersji, ale tą kwestią nie będziemy się tutaj zajmować.

Klasyczna koncepcja suwerenności uznając formalnie zasadę suwerenności każdego ludu, ujmuje jednak wzajemne relacje między suwerennością państwa i suwerennością ludu/narodu w charakterystyczny dla siebie sposób. W klasycznym prawie międzynarodowym przyjmuje się, że co do zasady suwerenne państwo jest zarazem legitymowanym przedstawi-

## Niektórzy autorzy twierdzą że pojęcie suwerenności ludu/narodu jest pojęciem konstytucyjno-prawnym i nie odnosi się do stosunków międzynarodowych.

społecznym oraz ekonomicznym, i po drugie, ma on prawo do autonomicznego określenia swojego statusu państwowego, a więc prawo do secesji, utworzenia własnego państwa lub przyłączenia się do istniejącego państwa<sup>35</sup>. Zwłaszcza ten drugi element suwerenności

cielem swojego ludu. Jak twierdzi J. Goldsworthy, lud nie ma żadnych kompetencji, nie może więc być suwerenem w stosunkach międzynarodowych<sup>36</sup>. Tym samym zakłada się, że sprawy wzajemnych relacji między aparatem państwowym a obywatelami stanowią wewnętrzny problem każdego państwa i podlegają prawu konstytucyjnemu, a nie prawu międzynarodowemu. Niektórzy autorzy twierdzą wprost, zresztą wbrew brzmieniu wielu dokumentów prawa międzynarodowego, że pojęcie suwerenności ludu/narodu jest pojęciem konstytucyjno-prawnym i nie odnosi się do stosunków międzynarodowych<sup>37</sup>. Przyznać jednak trzeba, że charakterystyka wzajemnych relacji między suwerennością państwa i ludu w klasycznej doktrynie prawa międzynarodowego nie jest zbyt spójna. Z jednej bowiem strony uznaje ona prawa ludów kolonialnych do utworzenia własnych państw<sup>38</sup>, z drugiej zaś, gdy chodzi o innego rodzaju państwa, to dominuje

J. Duursma, *Preventing and Solving Wars of Succession: Recent Unorthodox Views on the Use of the Force* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

34 Posługuję się sformułowaniem „ludu/narodu”, ponieważ nie każdy lud zamieszkujący określone terytorium stanowi naród w sensie etnicznym. Nadto należy zauważyć, że w konstrukcjach suwerenności narodu „naród” często oznacza wspólnotę obywatelską, a nie etniczną, por. J. Habermas, *The European Nation State. Its Achievements and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship*, „Ratio Iuris” 9, s. 127. O odróżnieniu *Volksnation* i *Bürgernation* – por. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Andersdenkenden*, Frankfurt Am Main 1999, s. 190, tenże, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa. Rozważania nad przyszłością Europy*, Warszawa 1993, o *ethnic and civic nation* – por. N. McCormick, dz. cyt., Oxford 1999, s. 170. Rozróżnienie pojęcia „narodu” w sensie etnicznym i obywatelskim ma pochodzić od J. Herdera, por. W. Böttcher, J. Krawczyński, *Europas Zukunft. Subsidiarität*, Aachen 2000, s. 139.

35 Na ten temat F.R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, s. 127, B. Yack, *Popular Sovereignty and Nationalism*, „Political Theory” 2001, vol. 29, J. Duursma, dz. cyt., Oxford 2002. Jednym z najbardziej spornych zagadnień w tej sprawie jest kwestia, czy prawo do samostanowienia odnosi się do narodu/ludu w sensie etnicznym, czy obywatelskim, por. wyżej.

36 J. Goldsworthy, dz. cyt., s. 430.

37 Na przykład B. de Witte, dz. cyt., s. 148.

38 Rezolucja ONZ 1541 (1960) odnosiła prawo do samostanowienia tylko do kolonii, a nie narodów czy grup etnicznych. Z tego względu nazwano ją *Magna Carta of Decolonization* – D. Philpott, dz. cyt., s. 156. O skomplikowanych problemach z tym związanych – por. G. Kreijen, *The Transformation of Sovereignty and African Independence: No Short Cuts to Statehood* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, J. Duursma, dz. cyt., s. 353.

w niej pogląd, że państwo jest prawowitym przedstawicielem swojego ludu, a lud, przynajmniej na płaszczyźnie międzynarodowo-prawnej, nie ma w stosunku do państwa żadnych uprawnień czy też roszczeń. Taka też interpretacja relacji rząd – lud w czasach zimnej wojny stanowiła niepodważalny dogmat w stosunkach między państwami zachodnimi i państwami komunistycznym. Bolesnie zrozumieliśmy wtedy, co to znaczy, że pojęcie suwerenności jest – by użyć terminologii R. Dworkina – pojęciem interpretacyjnym.

Klasycznemu pojęciu suwerenności towarzyszy określone pojęcie społeczności międzynarodowej, która składa się wyłącznie z państw (por. art. 3 Karty NZ), a tym samym nie obejmuje ani ludów ani jednostek ludzkich<sup>39</sup>. Zgodnie z art. 34 ust. 1 Statutu MTS stronami w postępowaniu przed tym sądem mogą być wyłącznie państwa i Trybunał może wykonywać jurysdykcję tylko za ich zgodą<sup>40</sup>. Można natomiast przyjąć, że klasyczna koncepcja suwerenności nie wyklucza, by podmiotami społeczności międzynarodowej były również pewne organizacje ponadnarodowe takie jak Liga Narodów, czy ONZ. Warto do tego dodać, że system westfalski w swojej dojrzałej postaci opowiedział się za otwartym modelem wspólnoty międzynarodowej. Wprawdzie w art. 4 Karta NZ stwierdza się, że jest ona organizacją „wszystkich państw miłujących pokój”, a art. 6 przewiduje możliwość usunięcia z tej organizacji tych państw, które uporczywie łamią zasady Karty NZ, ale w praktyce międzynarodowej członkami tej organizacji były wszystkie państwa zdolne do efektywnego sprawowania władzy na określonym terytorium włącznie z stalinowską Rosją, jej satelitami i innymi totalitarnymi dyktaturami. Możemy przeto powiedzieć, że w systemie westfalskim państwa tworzą społeczność międzynarodową, ale nie tworzą wspólnoty, bo przynajmniej do końca czasów zimnej wojny w wielu podstawowych sprawach, takich choć-

by jak prawa człowieka, nie podzielały one wspólnych wartości moralnych.

Z klasycznym pojmowaniem suwerenności wiąże się często określona koncepcja polityki międzynarodowej, którą niekiedy nazywa się teorią realistyczną lub doktryną statyzmu<sup>41</sup>. W myśl tej teorii państwa w stosunkach międzynarodowych kierują się i powinny się kierować motywem maksymalizacji własnych korzyści. Państwa są więc po to, by bronić i promować interesy narodowe, i głównie ten fakt określa motywy ich działania na scenie międzynarodowej. Tytuł do sprawowania władzy zdobywa państwo dzięki temu, że jest w stanie efektywnie sprawować władzę na określonym terytorium, a nie dzięki temu, że spełnia się określone zasady normatywne dotyczące legitymizacji władzy lub praw człowieka. Dla realizmu czy też statyzmu politycznego dziedziną stosunków międzynarodowych to dziedzina *Realpolitik*, w których rządzi rachunek interesów i siła, a nie zasady moralne<sup>42</sup>.

Mówiąc o klasycznej koncepcji suwerenności należy stale pamiętać o tym, że stanowi ona efekt długotrwałej ewolucji, która swój dojrzały wyraz przyjęła dopiero w XVIII i XIX wieku wraz z wykształceniem się instytucji nowoczesnego państwa narodowego<sup>43</sup>. Z klasycznym pojęciem państwa suwerennego wiąże się wiele nieporozumień i uproszczeń, a niekiedy wręcz mitów. Mitem jest na przykład twierdzenie, że system westfalski był czy jest systemem unitarnych państw narodowych, bo jest ono po prostu sprzeczne z elementarnymi faktami historycznymi<sup>44</sup>. Na przestrzeni dziejów system westfalski obejmował bowiem nie tylko państwa federalne, ale również inne formy polityczne, takie na przykład jak Cesarstwo Rzymskie Narodu Niemieckiego czy Commonwealth, w tym twory polityczne o wielce złożonej strukturze,

39 Ch. Beitz, *Cosmopolitan and Global Justice* [w:] *Current Debates in Global Justice*, ed. G. Brock i D. Moellendorf, Springer, Dordrecht 2005, E. Suy, *New Players in International Relations* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

40 S. Rosenne, *A Role for the International Court of Justice in Crisis Management* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

41 F.R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, s. 39, K. Knop, *Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law* [w:] *Transnational Law and Contemporary Problems* 1993, vol. 3, s. 296.

42 S.D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, s. 5.

43 D. Greig, *International Community, Interdependence and All That. Political Correctness* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 524.

44 S. Tierney, *Reframing Sovereignty. National Societies and Contemporary Challenges to the Nations* [w:] *International and Comparative Legal Quarterly* 2005, vol. 54, s. 174.



by wymienić tylko monarchię Habsburgów, w której skład wchodziło m.in. Królestwo Węgier, księstwa na Śląsku, w czeskiej Bohemii i na Morawach, swoisty status miała Transylwania i polska Galicja, wolnym miastem było Fiume<sup>45</sup>. Warto podkreślić, że te różne twory polityczne miały zróżnicowany ustrój i cieszyły się zróżnicowanym stopniem autonomii. Właściwie dopiero w XVIII i XIX wieku państwo – i to niekoniecznie państwo narodowe – stało się uniwersalnym modelem wspólnoty politycznej najpierw w świecie zachodnim, a następnie w XX wieku, gdy świat ogarnęła fala ruchów antykolonialnych, w innych częściach naszego globu. Rogers Brubaker wskazuje, że w 1972 r. ze 123 istniejących wówczas państw tylko 12 było homogenicznych z etnicznego punktu widzenia<sup>46</sup> i prawdopodobnie dzisiaj sytuacja nie wygląda inaczej. Jeśli zdamy sobie sprawę z faktu, że na naszym globie mamy wedle różnych

suwerenności ludów i ich prawa do samostanowienia mają one do tego pełne prawo i nikt im tego prawa nie powinien odbierać. Istnieje zresztą wiele argumentów za tym, że państwa narodowe są nadal jednym z głównych źródeł demokratycznej legitymizacji decyzji politycznych i jedną z najlepszych form integracji politycznej, że to one w najpełniejszy sposób wyrażają tożsamość ludów i pozwalają im żyć zgodnie z zasadami, które same wybrały, i jest to wystarczający powód, by idei państwa narodowego nie uważać za historyczny anachronizm<sup>49</sup>.

Przyjrzyjmy się teraz głównym zarzutom, które kieruje się w stosunku do tradycyjnego rozumienia suwerenności. Najpoważniejszy zarzut wobec klasycznej koncepcji suwerenności to zarzut, że koncepcja ta odrywając suwerenność państwa od suwerenności ludu, chroni tym samym państwa, a nie obywateli. Przyjmując, że władza, która sprawuje

## Mitem jest twierdzenie, że system wersalski był czy jest systemem unitarnych państw narodowych.

szacunków od 6000 do 8000 języków<sup>47</sup>, a to przecież język jest głównym wskaźnikiem etniczności, to budowa wspólnoty międzynarodowej wyłącznie na podstawie instytucji państwa narodowego musi się wydawać nierealistyczna. Nie ma przeto koniecznego związku między państwem i narodem, gdyż istnieją zarówno narody bez państw, jak i państwa bez narodów<sup>48</sup>. Z drugiej jednak strony trzeba sobie jasno powiedzieć, że tam gdzie państwa narodowe istnieją i chcą takimi pozostać, to zgodnie z zasadą

faktyczną kontrolę nad określonym terytorium, staje się tym samym legitymowaną władzą, nie czyni żadnej różnicy między państwami, które są prawowitym przedstawicielem swoich ludów, a państwami, których władza nie wywodzi się z woli ludu<sup>50</sup>. W skrajny sposób najbardziej fundamentalne cechy klasycznej koncepcji suwerenności ujmuje pozytywizm prawniczy. Dla J. Austina suweren nie jest związany nawet prawem, bo suweren, który byłby skrępowany jakimikolwiek regułami, nie mógłby być suwerenem i do tej myśli powraca Austin wręcz obsesyjnie<sup>51</sup>. Dla A. Diceya

45 M. Keating, *Plurinational Democracy. Stateless Nations In Post-Sovereign Era*, Oxford 2001, s. 22, R. Jackson, dz. cyt., A.B. Murphy, dz. cyt., s. 86.

46 R. Brubaker, *Nacjonalizm inaczej. Struktura narodu i kwestie narodowe w nowej Europie*, Warszawa – Kraków 1998, s. 32.

47 E. Gellner, *Narody i nacjonalizm*, Warszawa 1991, s. 58, B.R. Barber, *Dżihad contra McŚwiat*, Warszawa 2000, s. 13.

48 Szeroko na ten temat: M. Keating, dz. cyt., por. też R. Bellamy, dz. cyt., s. 202, E. Gellner, dz. cyt., s. 15.

49 Por. na przykład J. Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems for World Society* [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009, J. Gray, *Po liberalizmie*, Warszawa 2001, s. 487.

50 D. Held, dz. cyt., s. 5, E.-U. Petersmann, dz. cyt., s. 148.

51 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, na przykład s. 254, 260, 268, 274, 292, 315, by wreszcie

z kolei władza prawodawcza suwerena to władza niepodporządkowania żadnym normom i żadnemu podmiotowi<sup>52</sup>. MacCormick twierdzi, że to właśnie tradycja pozytywistyczna, tradycja Hobbesa, a nie Locka, zdominowała anglosaskie myślenie o suwerenności, ale bez większego ryzyka można powiedzieć, że pozytywizm zdominował jurysprudencję w całym świecie zachodnim i panuje w nim po dzień dzisiejszy<sup>53</sup>. Rozległy wykład pozytywistycznej doktryny suwerenności, który daje J. Austin w *Lectures on Jurisprudence*, nie pozostawia żadnych wątpliwości, że pozytywistyczne koncepcje prawa i suwerenności opierają się na wspólnych założeniach i tym samym dzielą wspólne wady. W szczególności zauważyć należy, że zwolennicy obydwu koncepcji opierają się na pozytywistycznej tezie o rozdziale prawa i moralności i tak jak pozytywiści uważają, że prawo, które łamie fundamentalne normy moralne, nie przestaje być obowiązującym prawem. Tak samo przyjmują, że państwo, które łamie nawet najbardziej fundamentalne prawa swojego ludu lub innych ludów, nie przestaje być państwem suwerennym<sup>54</sup>. Jak to trafnie ujmuje MacCormick: nie istnieje żaden konieczny związek między suwerennością a demokracją, prawami człowieka i moralnością<sup>55</sup>. Nic przeto dziwnego, że komunistyczna jurysprudencja potępiając pozytywizm w słowach, w swoich czynach z takim samym przekonaniem broniła pozytywistycznej koncepcji prawa, co klasycznej koncepcji suwerenności. Pozytywizm odrywając prawo i suwerenność od podstaw moralnych stawał się dla komunistów, podobnie zresztą jak i dla innych dyktatorów,

wygodnym narzędziem legitymizowania ich rządów, zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i międzynarodowych. Klasyczna koncepcja suwerenności odpowiadała czasom zimnej wojny, świata podzielonemu na dwa wrogie bloki, w którym Zachód kupił sobie pokój za cenę wolności ludów Wschodu.

Oskarżając pozytywizm o to, że jego koncepcja prawa i suwerenności legitymizowała rządy totalitarne, nie można jednak zapominać o ambiwalencji tej koncepcji. Nie ulega bowiem wątpliwości, że z jednej strony koncepcja klasyczna jeszcze w XIX wieku, a później w okresie ruchów antykolonialnych i antykomunistycznych, wyrażała emancypacyjne aspiracje ludów, które podnosząc roszczenia do wyzwolenia swoich narodów spod panowania imperialnego, kolonialnego lub dyktatury komunistycznej i utworzenia własnych państw, chciały w ten sposób bronić swojej wolności. Z chwilą powstania wielkich reżimów totalitarnych okazało się jednak, że idea prawa i suwerenności oderwana od podstaw moralnych może stać się wygodnym instrumentem nie obrony, lecz tłumienia ludzkich praw i wolności i to ona – jak wywodzi niegdyś popularyzator idei komunizmu Z. Bauman – sprowadziła ludy Europy Wschodniej do roli „mieszkańców obozowych baraków wyniesionych do godności suwerennych państw”<sup>56</sup>. W ambiwalencji klasycznego pojmowania suwerenności odbijają się również postawy polskiej jurysprudencji, w której jedni bronili suwerenności jako usłudze funkcjonariusze komunistycznej władzy, chcąc ją w ten sposób legitymizować, natomiast inni broniąc suwerenności domagali się wolności dla swojego państwa znajdującego się pod obcą okupacją. Dobitne stwierdzenie Tesóna: „tradycyjny model prawa międzynarodowego wspiera państwa, a nie osoby, porządek a nie ludzkie prawa, uległość a nie sprawiedliwość”<sup>57</sup>, to kwintesencja zasadniczych wad klasycznego pojmowania suwerenności.

III. Globalizacja i upadek imperium sowieckiego zmieniły jednak oblicze świata i stworzyły szansę, chociaż tylko szansę, że ogół państw będzie nie tylko

na końcu stwierdzić: „I have assumed expressly or tacitly throughout the foregoing lectures that a sovereign government (...) cannot be bound legally” (s. 358).

52 N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 90, K.J. Keith, *Sovereignty at the Beginning of the 21<sup>st</sup> Century, Fundamental or Outmoded* [w:] *Relocating Sovereignty*, ed. N. Walker, Asgate, Dartmouth 2006, s. 181, G. Buijs, „*Que les Latins appellent maiestatem*”: *An Exploration into the Theological Background of the Concept of Sovereignty* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 247. D. Philpott, dz. cyt.

53 N. MacCormick, dz. cyt., s. 123.

54 J. Austin, dz. cyt. Problematyce suwerenności poświęcone są obszerne fragmenty tej biblii pozytywizmu, zwłaszcza między stronami 193 a 359.

55 N. MacCormick, dz. cyt., por. też D. Philpott, dz. cyt., s. 254.

56 Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000, s. 45, D. Philpott, dz. cyt., s. 37, B.R. Barber, dz. cyt., s. 187.

57 F.R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, s. 25.

wspólnotą rynków, handlu i komunikacji, ale także wspólnotą praw i wartości. Powiedzieliśmy, że jedną z najistotniejszych cech zwrotu kantowskiego w praktyce i teorii międzynarodowej staje się fakt, że prawo międzynarodowe upodmiotowiając jednostki ludzkie funkcjonuje już nie tylko jako instrument układania stosunków między państwami, ale służy także jako instrument ochrony dóbr wspólnych całej społeczności międzynarodowej. Spróbujmy nieco przybliżyć tę kluczową dla tego artykułu ideę. Nasze wywody rozpoczniemy od przypomnienia przypowieści, którą G. Hardin nazwał tragedią wspólnego pastwiska<sup>58</sup>. Istotę tej przypowieści streścić można następująco. W pewnej wsi ludzie od pokoleń na ustalonych zwyczajowo zasadach korzystali ze wspólnego pastwiska. Zasady te zapewniały z jednej strony zaspokajanie potrzeb mieszkańców wsi, a z drugiej odnawialność zasobów pastwiska. Pewnego dnia jeden

nosi się ona nie tylko do dóbr naturalnych, ale także do wielu dóbr idealnych. Nie tylko bowiem grabieżcze korzystanie z zasobów naszej przyrody, ale także nieposkromione pragnienie rozszerzenia władzy, które prowokuje bunt obywateli, czy wpędzające państwa w wyścig zbrojeń dążenie do uzyskania przewagi militarnej mogą prowadzić do katastrofalnych skutków. Ruina – zauważa G. Hardin – to miejsce przeznaczenia w świecie, w którym jedynym motywem naszych działań jest maksymalizacja własnych korzyści<sup>59</sup>. Morał, który płynie z przypowieści Hardina, jest taki, że ochrona przynajmniej niektórych dóbr wspólnych, takich choćby jak klimat, powietrze, wody, lasy, a z drugiej strony pokój czy wolność, może się okazać warunkiem przetrwania wspólnoty ludzkiej. Teoria gier, by powołać się tylko na akademicki przykład dylematu więźnia, od dawna zresztą kwestionuje liberalne przekonanie, że z ekonomicznego punktu

## *Nieposkromione pragnienie rozszerzenia władzy, które prowokuje bunt obywateli, czy dążenie do uzyskania przewagi militarnej mogą prowadzić do katastrofalnych skutków.*

z mieszkańców wsi postanowił się wzbogacić kosztem pozostałych i kupił jeszcze jedną krowę oprócz tych, które hodował do tej pory. Za jego przykładem poszedł jeden z sąsiadów, a potem jeszcze jeden i jeszcze jeden itd. Wszyscy oni działali w racjonalnym z ekonomicznego punktu widzenia przekonaniu, że jest rozsądne zwiększanie własnych korzyści bez ponoszenia dodatkowych nakładów. Epilog tej historii nie był trudny do przewidzenia. Pastwisko przestało istnieć i tragedia pastwiska stała się tragedią wspólnoty. Historia ta według G. Hardina pokazuje pułapkę społeczną, która grozi nam, gdy w korzystaniu z dóbr wspólnych będziemy się kierować wyłącznie motywem maksymalizacji własnych korzyści. Zdaniem G. Hardina od-

widzenia racjonalne działanie to tylko takie, które służy zwiększeniu indywidualnych korzyści. Wskazuje natomiast, że w wielu przypadkach (tzw. gier o sumie niezerowej) działania kolektywne, w których wspólnie uzgadniamy zasady działania, jest bardziej racjonalnym sposobem rozwiązywania społecznych problemów<sup>60</sup>.

Musimy teraz poświęcić kilka słów samemu pojęciu dobra wspólnego. W naukach ekonomicznych pojęcie to budzi wiele sporów i jest w różny sposób definiowane. Klasyczna definicja dóbr wspólnych mówi, że w przeciwieństwie do dóbr prywatnych i klubowych są to dobra, które spełniają dwa warunki:

<sup>59</sup> G. Hardin, tamże.

<sup>60</sup> F.X. Perez, dz. cyt., s. 196, J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 51.

<sup>58</sup> G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, "Science" 1968, vol. 162, s. 1243-1248, <http://dieoff.org/page95.htm>.

niekonkurencyjności i niedystrybutywności<sup>61</sup>. Dobrem wspólnym w tym sensie są na przykład powietrze, zasoby morskie czy leśne. Z jednej strony fakt, że pewni ludzie korzystają z tych dóbr, nie wyklucza możliwości, by korzystali z nich inni (niekonkurencyjność), a z drugiej strony dóbr tych nie można zasadniczo podzielić między różnych ludzi (niedystrybutywność). Definicja dóbr wspólnych odnosi się jednak nie tylko do pewnych dóbr naturalnych, ale z powodzeniem może być zastosowana do wielu dóbr idealnych<sup>62</sup>. Nietrudno jest się na przykład zorientować, że bezpieczeństwo czy pokój również spełniają podane warunki, gdyż, jeśli na ulicach jest bezpiecznie, a w państwie panuje pokój, to z tego dobra *nolens volens* korzystają wszyscy i nie można go podzielić między różnych ludzi. Wadą podanej wyżej definicji jest nie tylko to, że próba precyzyjnego zdefiniowania pojęcia niekonkurencyjności i niedystrybutywności wielu dóbr natrafia na szereg trudności, ale przede wszystkim fakt, że z punktu widzenia nauk społecznych i prawnych wydaje się ona zdecydowanie zbyt wąska i nie uwzględnia tych intuicji, które wiąże się z pojęciem dobra wspólnego w życiu społecznym. W jej ujęciu na przykład wolność ludzka nie jest dobrem wspólnym, bo może być z powodzeniem dana jednym i zabrana innym, o czym poucza choćby przykład państw niewolniczych. Podobnie rzecz się ma z dostępem do informacji, który w czasach komunistycznych stał się dobrem klubowym zastrzeżonym dla garstki funkcjonariuszy partyjnych, a więc dobrem, które podlegało ścisłej dystrybucji i nie było dostępne dla wszystkich. Obiektywistyczne definicje dobra wspólnego odwołujące się do cech danego dobra są zatem w wielu przypadkach trudne do zaakceptowania i z tego powodu w dalszych wywodach oprzemy się na subiektywistycznej interpretacji tego pojęcia. W myśl tej interpretacji pojęcie dobra

wspólnego definiuje się poprzez odwołanie do jego znaczenia dla danej wspólnoty. Dobrem wspólnym w tym rozumieniu nazwiemy każde takie dobro, które na mocy decyzji danej wspólnoty staje się dobrem dostępnym i przeznaczonym dla wszystkich.

Nie chcę tutaj polemizować z poglądem G. Hardina, który uważa mechanizm opisany w tragedii pastwiska za nieuchronny. Na nasze potrzeby wystarczy bowiem tylko założyć, iż katastrofa pastwiska przedstawia możliwy scenariusz przebiegu zdarzeń w naszym świecie, by uznać, że ochrona podstawowych dóbr wspólnych, a zwłaszcza tych dóbr, od których zależy egzystencja wspólnoty ludzkiej, jest jedną z podstawowych funkcji prawa<sup>63</sup>. Wspólność dóbr może mieć oczywiście różny zasięg. Z tego punktu widzenia wyróżniamy: dobra lokalne, regionalne, narodowe i wreszcie dobra całej wspólnoty międzynarodowej, które możemy nazwać dobrami globalnymi. Jeśli uwzględnimy zasięg terytorialny wspólności dóbr, to możemy powiedzieć, że w jednym ze swoich wymiarów globalizacja polega właśnie na tym, że coraz szersza kategoria dóbr przestaje być tylko dobrami lokalnymi czy nawet dobrami narodowymi i staje się dobrami wspólnymi całej społeczności międzynarodowej. Mamy wszyscy świadomość, że niejako na naszych oczach tak się właśnie dzieje z takimi dobrami jak zasoby naturalne naszej przyrody, pokój, bezpieczeństwo czy możliwość przemieszczania się lub komunikowania. Nie trzeba nikogo przekonywać, że katastrofa ekologiczna lub wojna w jednym zakątku naszego globu, które jeszcze kilkadziesiąt lat temu były przeważnie zdarzeniami lokalnymi, mogą obecnie wywoływać nieobliczalne skutki dla całego świata. Z tego właśnie powodu ochrona dóbr wspólnych, która od dawna była przedmiotem regulacji prawa wewnętrznego, przekracza dzisiaj granice państw i staje się jednym z najważniejszych przedmiotów regulacji prawa międzynarodowego. Jeśli bowiem istnieją dobra wspólne, to muszą być też wspólne reguły i zasady<sup>64</sup>, a jeśli istnieją wspólne reguły i zasady, to istnieć również muszą wspólne instytucje,

61 R. Alexy, *Individuelle Rechte und kollektive Gütern* [w:] *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* 1989, s. 54, Wikipedia: [http://pl.wikipedia.org/wiki/Wsp%C3%B3lne\\_zasoby](http://pl.wikipedia.org/wiki/Wsp%C3%B3lne_zasoby), Wikipedia, [http://pl.wikipedia.org/wiki/Dobra\\_publiczne](http://pl.wikipedia.org/wiki/Dobra_publiczne).

62 H. Eidemüller, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995, s. 182, 233, M. Wierzbicki, *Dobro wspólne jako kategoria normatywna* [w:] *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, [http://pl.wikipedia.org/wiki/Dobra\\_publiczne](http://pl.wikipedia.org/wiki/Dobra_publiczne).

63 F.X. Perez, dz. cyt., s. 229, J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, dz. cyt., s. 65.

64 F.X. Perez, dz. cyt., s. 249.

które zajmują się ich stosowaniem i implementacją. Tak w uproszczony sposób można przedstawić mechanizm tworzenia się prawa jako instrumentu ochrony dóbr wspólnych. Nie jestem ani w stanie ani nie czuję się wystarczająco kompetentny, by w niniejszym szkicu przedstawić historię prawa międzynarodowego jako historię ochrony dóbr wspólnych społeczności międzynarodowej, ograniczę się przeto do kilku przykładów ilustrujących moją tezę.

Rozpocznijmy od dóbr naturalnych. Świadomość, że zasoby naszej przyrody w coraz większym zakresie stają się dobrami globalnymi, a więc dobrami wspólnymi całej ludzkości, znajduje coraz szersze odbicie w niezliczonych konwencjach dotyczących ochrony środowiska i trudno byłoby zakwestionować twierdzenie, że dzisiaj prawo ochrony środowiska to jeden z najbardziej dynamicznie rozwijających się działów prawa międzynarodowego<sup>65</sup>. Jeszcze jednak kilkadziesiąt

cji uznano naturalne zasoby Ziemi za wspólne dziedzictwo całej ludzkości (*res communis*)<sup>67</sup>. W tym też roku rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ powołano agendę tej organizacji, UNEP (*United Nations Environmental Programme*), której zadaniem jest koordynowania działań ONZ w zakresie ochrony środowiska i stałego monitorowania stanu środowiska na świecie. Wyrazem aktywności ONZ w sprawach ochrony środowiska może być choćby przyjęcie w 1992 r. konwencji o różnorodności biologicznej oraz ramowej konwencji ONZ w sprawie zmian klimatu, uzupełnionej w 1997 r. tzw. protokołem z Kioto, który został ratyfikowany przez 170 państw. Podobnie rzecz wyglądała w Europie. Przypomnijmy też, że ani w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. ani w traktatach założycielskich Wspólnot Europejskich z 1957 r. nawet nie wspomniano o problemach ekologicznych, a dzisiaj prawo Unii Europejskiej

## **Prawo Unii Europejskiej regulujące ochronę środowiska liczy około 300 aktów prawnych i na ich tle obydwa europejskie trybunały rozwinęły niezwykle bogate case law.**

lat temu sprawy wyglądały zupełnie inaczej i praktyka zdawała się nieomal bez zastrzeżeń akceptować wynikającą z obu Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka (1966) zasadę, że „Wszystkie ludy mogą swobodnie rozporządzać swoimi bogactwami i zasobami naturalnymi”<sup>66</sup>. O problemie ochrony środowiska nawet nie wspomina Karta NZ i dopiero od początku lat siedemdziesiątych, począwszy od konferencji w 1972 r. w Sztokholmie, gdy stało się już oczywiste, że zagrożenia ekologiczne mają w wielu przypadkach charakter globalny, problematyka ta zajmuje coraz więcej miejsca w działalności tej organizacji. To w czasie tej konferen-

regulujące ochronę środowiska liczy około 300 aktów prawnych i na ich tle obydwa europejskie trybunały rozwinęły niezwykle bogate *case law*<sup>68</sup>. Niezmierzona liczba konwencji dotyczących ochrony zasobów naturalnych, fauny, flory, wód, klimatu, zapobiegania pustynnieniu, redukcji wpływu szkodliwych działań człowieka na środowisko nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że zasoby naturalne są coraz powszechniej uważane za dobra globalne i to zarówno na poziomie powszechnego, jak i regionalnego prawa międzynarodowego.

65 Najbardziej przekonujący wykład na ten temat, por. F.X. Perez, dz. cyt.

66 Artykuł 1 ust. 1 i art. 47 MPPOiP, art. 1 ust. 2 i art. 25 MPPGSiK oraz art. 21 ust. 1 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów (1981). Por. D. Held, dz. cyt., s. 16.

67 J. Menkes, Głos w dyskusji [w:] *Suwerenność we współczesnym prawie międzynarodowym*, III Ogólnopolska Konferencja Prawa Międzynarodowego – Jabłonna 1990, Warszawa 1991, s. 41.

68 Szeroko na ten temat: *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe Publishing, Strasburg 2006, Centrum Informacji Europejskiej, <http://www.rcie.lodz.pl>.

Wymieńmy tutaj tylko tytułem przykładu takie konwencje, jak konwencję waszyngtońską (CITES 1973) o międzynarodowym handlu dzikimi zwierzętami i roślinami gatunków zagrożonych, konwencję wiedeńską (1985) w sprawie ochrony warstwy ozonowej, konwencję berneńską (1979) o ochronie dzikiej fauny i flory europejskiej oraz siedlisk naturalnych, konwencję bońską (1979) o ochronie wędrownych gatunków dzikich zwierząt z 1979 r., konwencję helsińską (1992) o ochronie środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego, czy konwencję z Aarhus (2001) o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska. Mamy nawet specjalne konwencje dotyczące ochrony walen, ptaków wędrownych czy nietoperzy. Już sam przegląd tych konwencji wskazuje, jak wszechstronny i zróżnicowany charakter ma ochrona środowiska

za wspólne dobro całej ludzkości oznacza, że wyrażona w Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka (1966) zasada swobody dysponowania przez państwa swoimi bogactwami i zasobami naturalnymi przestała być dzisiaj oczywista i musi być ważona względem licznych dóbr chronionych przez konwencje dotyczące ochrony środowiska<sup>70</sup>.

Jeszcze wcześniej niż uznanie najważniejszych zasobów naturalnych Ziemi za dobro chronione rozpoczął się proces globalizacji podstawowych praw człowieka i związanych z nimi dóbr idealnych. Słowa z preambuły Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1948 r. o tym, że „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju świata”, powtórzone w Międzynarodowych Paktach Praw z 1966 r., stały się natchnieniem dla ustawodawców

## *Jeszcze wcześniej niż uznanie najważniejszych zasobów naturalnych Ziemi za dobro chronione rozpoczął się proces globalizacji podstawowych praw człowieka i związanych z nimi dóbr idealnych.*

w czasach nam współczesnych. Globalizacja ochrony środowiska znajduje wreszcie wyraz w uznaniu całych obszarów naszego świata i kosmosu za dobro wspólne całej ludzkości, by powołać się na Traktat Antarktyczny z 1959 r. czy Układ o Zasadach Działalności Państw w Zakresie Badań i Użytkowania Przestrzeni Kosmicznej z 1967 r. W art. 2 tego Układu stwierdza się, że „Przestrzeń kosmiczna, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, nie podlega zawłaszczeniu przez państwa”, a wręcz symboliczną wymowę ma art. 5, który uznaje kosmonautów za wysłanników ludzkości w przestrzeni kosmicznej<sup>69</sup>. Uznanie wielu zasobów naturalnych

we wszystkich demokratycznych krajach świata i na dały impet procesom umiędzynarodowienia podstawowych praw i wolności. Ogromna liczba konwencji poświęconych ochronie praw człowieka jest tego najlepszym dowodem<sup>71</sup>. W tym kontekście wielokrotnie przytacza się słynne słowa Kofi Annana: „Państwa są obecnie uznawane za instrument realizacji celów obywateli, a nie odwrotnie. (...) Fundamentalnym celem karty NZ jest ochrona pojedynczego człowieka, nie zaś ochrona tych, którzy bezprawnie łamią

69 F. von Der Dunk, *Sovereignty and Space: When and Where Shall the Twain Meet?* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

70 W art. 1 ust. 2 MPPPiO i MPPGŚiK mówi się wprost, że prawo do rozporządzania swoimi zasobami naturalnymi musi być wykonywane „bez uszczerbku dla jakichkolwiek zobowiązań wynikających (...) z prawa międzynarodowego”.

71 Najważniejsze z tych konwencji wymienia D. Held, dz. cyt., s. 10.



jego niezbywalne prawa<sup>72</sup>. Można więc powiedzieć, że o ile system westfalski służył wyzwaniu państw spod władzy imperiów, o tyle przesłaniem idei prawa ludów jest wyzwianie jednostek spod nieograniczonej władzy państw<sup>73</sup>. W ten sposób w naszych czasach zaczęło się urzeczywistniać marzenie Kanta o takim świecie „gdzie naruszenie prawa w jednym miejscu będzie odczuwane wszędzie”<sup>74</sup>. Zdaniem Kanta stworzenie wspólnoty państw respektujących prawa człowieka jest najlepszą drogą do urzeczywistnienia idei Wiecznego Pokoju (*foedus pacificum*) i z tego względu staje się konieczne, by obok prawa wewnętrznego (*ius civitatis*) i międzynarodowego prawa państw (*ius gentium*) istniało jeszcze prawo międzynarodowe, które będzie chronić jednostki ludzkie (*ius cosmopoliticum*)<sup>75</sup>. Jak wyżej wskazywałem, do tej idei Kanta nawiązuje współcześnie J. Rawls w swoim projekcie prawa ludów i J. Habermas w nie mniej słynnym odróżnieniu tradycyjnego *Völkerrecht* od *Weltbürgerrecht*<sup>76</sup> oraz coraz cała rzesza filozofów, politologów i prawników<sup>77</sup>.

Procesom globalizacji podstawowych praw człowieka nadał nowe znaczenie art. 53 konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z roku 1969, który wprowadził do prawa międzynarodowego konstrukcję norm *ius cogens*, a więc takich, które wiążą wszystkich, zawsze i wszędzie<sup>78</sup>. Normy peremptoryjne tworzą dzisiaj minimum prawa naturalnego, które musi akceptować cała wspólnota międzynarodowa i mogą być uważane za początek dokonującej się konstytucjonalizacji podstawowych zasad prawa międzynarodowego, budowania w nim nie tylko więzi horyzontalnych charaktery-

stycznych dla prawa traktatowego, ale również więzi wertykalnych, na których opiera się prawo publiczne z prawem konstytucyjnym na czele<sup>79</sup>. B. Fassbender wskazuje, że w Karcie NZ nieprzypadkowo mówi się o „zasadzie suwerennej równości wszystkich (...) członków” ONZ, bo zasada ta wykluczając zwierzchnictwo jednego państwa nad innym, nie wyklucza wcale uprawnień zwierzchnich wspólnoty międzynarodowej wobec wszystkich państw<sup>80</sup>. Nie chcę tutaj wchodzić w spory, jakie to konkretnie normy tworzą współczesne *ius cogens*. Na nasze potrzeby wystarczy powiedzieć, że są to normy chroniące najbardziej podstawowe prawa i wartości, na których opiera się prawo międzynarodowe, by wymienić tylko zakaz ludobójstwa, niewolnictwa, apartheidu, stosowania czystek etnicznych i tortur, a także najbardziej podstawowe prawa i wolności człowieka<sup>81</sup>. Konwencja Wiedeńska z jej art. 53 to w pewnym sensie symboliczny moment w rozwoju prawa międzynarodowego. Z jednej bowiem strony kodyfikując podstawowe reguły prawa traktatowego stanowiła ona kulminacyjny etap w rozwoju tradycyjnego prawa międzynarodowego rozumianego jako prawo regulujące stosunki państw, z drugiej zaś strony wprowadzając normy peremptoryjne, stała się niejako zwiastunem nowego etapu rozwoju prawa międzynarodowego, w którym najbardziej podstawowe prawa człowieka zostają poddane już nie traktatowej, ale imperatywnej ochronie. Idea prawa ludów zmierza zatem do zakwestionowania samych podstaw doktryny realizmu czy statyzmu politycznego i chce, by stosunki międzynarodowe opierały się na rządach prawa, a nie na rządach państw (*rule of law, not of states*)<sup>82</sup>. Stephen Krasner oparty na doktrynie

72 The Economist z 15 września 2009 r., cyt. za: C. Żelaźnicki, *Zasada suwerenności państwa a problem interwencji humanitarnej* [w:] „Prawa Człowieka” 2002, nr 8, s. 34.

73 D. Philpott, dz. cyt., s. 260.

74 I. Kant, dz. cyt., s. 65.

75 I. Kant, tamże, s. 56.

76 Zdaniem Rawlsa podstawowym przesłaniem prawa ludów jest ograniczenie suwerenności państwa, jego rzekomo nieograniczonego prawa do dowolnego postępowania ze swoimi obywatelami – dz. cyt., s. 43, tak samo J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1999, s. 192.

77 Por. przypis 2.

78 B. Fassbender, *Sovereignty and Constitutionalism in International Law* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 125.

79 J. Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems for World Society* [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009.

80 B. Fassbender, dz. cyt., s. 125.

81 H. Schermers, *Different Aspects of Sovereignty* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 187, D. Greig, dz. cyt., s. 552, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Hague 1997, s. 146, S.E. Nahlik, dz. cyt., s. 310, C. Mik, *Powszechnie uznanie a imperatywne normy praw człowieka*, PiP 1989, nr 9, F.R. Tes n, *A Philosophy of International Law*, Westview Press 1998, s. 93.

82 R.E. Gooding, *Towards an International Rule of Law* [w:] *Current Debates in Global Justice*, ed. G. Brock i D. Moellendorf, Springer,



statyzmu system westfalski określa wprost mianem systemu zorganizowanej hipokryzji<sup>83</sup>, gdyż mimo deklaracji zawartych w karcie NZ i licznych konwencjach o prawach człowieka służył on przede wszystkim ochronie interesów państw, a nie ochronie ludzi.

Procesy globalizacji podstawowych praw człowieka odnoszą się jednak nie tylko do praw jednostkowych, ale również do praw ludów<sup>84</sup>. Przypomnijmy tylko, że Karta NZ rozpoczyna się od słów „My, Ludy Narodów Zjednoczonych”, a celem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka jest urzeczywistnienie zasady, że „wola ludu będzie podstawą władzy rządu” (art. 21 ust. 3). Wskażmy, że art. 1 MPPOiP oraz MPPSiG mówi, że „Wszystkie narody mają prawo do samostanowienia. Z mocy tego prawa swobodnie określają one swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny”, a w „Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka

przekonanie, że suwerenność ludu i wynikające z tej suwerenności prawo każdego ludu do stanowienia o swoich własnych sprawach jest immanentnym składnikiem suwerenności każdego państwa<sup>85</sup>. W ten sposób pojęcie suwerenności ludu/narodu, które za sprawą wielkich myślicieli Oświecenia z Rousseau na czele stało się podstawą dla konstytucjonalizmu zachodniego i zostało wprowadzone do nieomal wszystkich konstytucji demokratycznych państw<sup>86</sup>, zyskało również status ważnego elementu prawa międzynarodowego i nabrało w nim doniosłego znaczenia praktycznego<sup>87</sup>. To znaczenie praktyczne ma w moim przekonaniu dwa podstawowe wymiary: pozytywny i negatywny.

W wymiarze pozytywnym suwerenność ludu oznacza, że każdy lud ma prawo do wyboru formy życia, ustroju politycznego, społecznego i gospodarczego, który jest najbardziej zgodny z jego kulturą,

## Procesy globalizacji podstawowych praw człowieka odnoszą się nie tylko do praw jednostkowych, ale również do praw ludów.

i Ludów” (1981), która stanowi najbardziej wyraziste odesłanie do zasady samostanowienia wszystkich ludów, stwierdza się, że „Wszystkie ludy będą miały prawo do istnienia. Będą one miały niekwestionowane i niezbywalne prawo do samostanowienia. Będą one swobodnie określały swój status polityczny oraz będą dążyć do rozwoju, zgodnie ze swobodnie wybrana przez siebie polityką” (art. 20). Jednym z przejawów zwrotu kantowskiego w prawie międzynarodowym jest właśnie coraz powszechniejsze

tradycją i zwyczajami<sup>88</sup>. Prawo międzynarodowe czy prawo europejskie, które nie respektuje tego prawa, staje się wewnętrznie sprzeczne. Mam jednak wrażenie, że zasady, na których opierają się międzynarodowe konwencje o prawach człowieka, a zwłaszcza karta NZ oraz Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wol-

85 J. Nijman, dz. cyt., s. 143.

86 Szczegółowo na ten temat K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji europejskiej* [w:] *Spór o Suwerenność*, red. W.J. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 160.

87 B. de Witte, dz. cyt., s. 148, R. Jackson, dz. cyt., s. 444. O historii koncepcji suwerenności narodu poczynając od art. 3 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. por. J. Ziller, *Sovereignty in France: Getting Rid of Mal de Bodin* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003.

88 Por. R.P. Churchill, *Challenges to Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century. Revising International Law on Genocide and Crimes against Humanity* [w:] *Challenges to Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century*, IVR, Bologna 1995, s. 99.

Dordrecht 2005, s. 227, por. też W. Böttcher, J. Krawczyński, *Europas Zukunft. Subsidiarität*, Aachen 2000, s. 172.

83 S.D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, s. 72.

84 Istnieje zresztą ścisły związek między tymi pierwszymi i drugimi w tym sensie, że masowe naruszenie wielu praw indywidualnych, takich jak prawo do życia czy zakaz dyskryminacji, muszą być kwalifikowane również jako naruszenia praw ludu.

ności (1950), są zbudowane na założeniu, że jedynym wartościowym typem kultury politycznej jest kultura liberalna, i to jej imperatywom, a nie zasadzie samostanowienia ludu na jego własnym terytorium powinno być podporządkowane życie w każdym państwie. To z liberalnego etosu wynika na przykład przekonanie, że krzyże muszą być wykluczone z życia publicznego także w tych społeczeństwach, w których ogromna większość obywateli ich chce, a eutanazja i związki gejowskie powinny stać się uniwersalną normą obowiązującą na całym świecie, nawet gdy ogromna większość obywateli ich nie akceptuje. Przypomnijmy wojującym socjalistom i liberałom uwagę Kanta, że na mocy *ius cosmopoliticum* ludy zamieszkujące na swoim terytorium winne są obcym gościnność i tolerancję, bo to wystarcza, by urzeczywistnić ludzkie prawo do wspólnego posiadania Ziemi<sup>89</sup>, ale nic więcej i bynajmniej nie muszą się podporządkowywać zasadom, które inne ludy uważają za słuszne. John Rawls, który jest w końcu jednym z najwybitniejszych przedstawicieli współczesnego liberalizmu, dowodzi nawet, że zredagowana w duchu liberalnym Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (1948) nie może stać się podstawą normatywną dla prawa ludów, gdyż pozbawia prawa do decydowania o swoim losie także te ludy, które są gotowe do przestrzegania najbardziej podstawowych zasad moralności politycznej, ale nie akceptują wszystkich reguł etosu liberalnego<sup>90</sup>.

Przejdźmy teraz do kwestii wymiaru negatywnego suwerenności ludu. Jak wskazywałem, konstytutywnym elementem zasady suwerenności państwa jest zakaz interwencji w jego sprawy wewnętrzne. Jeśli jednak uznamy, że państwo, w którym lud nie jest suwerenny i nie może autonomicznie decydować o swoich własnych sprawach, podobnie jak państwo, w którym mają miejsce w masowe naruszenia fun-

damentalnych praw ludzkich takie na przykład jak akty ludobójstwa czy czystek etnicznych, przestaje być państwem suwerennym, to tym samym dochodzimy do wniosku, że takich państw nie chroni już zakaz interwencji<sup>91</sup>. Jak sądzę, jest to najbardziej radykalna konsekwencja praktyczna, która wynika z uznania tezy, że suwerenne może być tylko państwo, w którym suwerenny jest lud<sup>92</sup>.

Konsekwencją upodmiotowienia w prawie międzynarodowym jednostek ludzkich, ludów i ich organizacji jest radykalna zmiana pojęcia społeczności międzynarodowej, która odtąd jest coraz częściej ujmowana nie tylko jako wspólnota państw, ale także jako wspólnota jednostek ludzkich i ich różnych organizacji<sup>93</sup>. Fascynującym zagadnieniem w tym kontekście jest problem stworzenia ram instytucjonalnych dla tak rozumianej wspólnoty międzynarodowej. Kant, Rawls i Habermas poświęcili tej kwestii wiele uwagi. Przypomnijmy tylko, że W. Wilson w swoim projekcie Ligi Narodów chciał imitować ustrój amerykański z okresu przed wprowadzeniem

89 I. Kant, dz. cyt., s. 65.

90 Tego rodzaju społeczeństwa nazywa J. Rawls społeczeństwami przyzwoitymi i mocno akcentuje fakt, że społeczeństwa przyzwoite wcale nie muszą być społeczeństwami liberalnymi – por. J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 90. Na temat krytyki liberalizmu z punktu widzenia komunitaryzmu por. na przykład J. Gray, *Po liberalizmie*, Warszawa 2001, oraz prace cytowane w L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro ogólne (liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 11.

91 W. Mannens pisze o „a right on the part of international community to violate sovereignty in order to protect human rights”, por. *Shared Sovereignty. Minority Claims and the Effectiveness of State Authority* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 156, podobnie R.P. Churchill, dz. cyt., s. 98.

92 J. Nijman, *Sovereignty and Personality. A Process of Inclusion* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 143. Pomijam tutaj problem tzw. *failed states* – por. H. Schermers, *Different Aspects of Sovereignty* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, s. 191.

93 D. Greig, dz. cyt., s. 567, L. Cabrera, *The Cosmopolitan Imperative: the Global Justice through Accountable Integration* [w:] *Current Debates in Global Justice*, ed. G. Brock and D. Moellendorf, Springer, Dordrecht 2005, O. Raban, *A Ratchet that can get stuck: On the Relationship between the Federal and the State's Constitution* [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009. Na szczególną uwagę w tym kontekście zasługuje gwałtowny rozwój organizacji rządowych (IGO) i pozarządowych (tzw. NGO). O różnych aspektach tego procesu por. m.in.: E. Suy, *New Players In International Relations*, M.T. Kamminga, *The Evolving Status of NGO's under International Law. A Threat to the Inter-State System*, M. Brus, *Bridging the Gap between State Sovereignty and International Governance*, wszystkie prace [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002.

Konstytucji z 1787 r., kiedy to USA tworzyły raczej luźną unię czy też konfederację państw, a nie czyste państwo federalne (tzw. system filadelfijski lub unijny), ponieważ uważał, że tylko taka organizacja Europy pozwoli zachować ludom Europy ich autonomię i zarazem uchroni je przed klęską permanentnych wojen<sup>94</sup>. Dla naszych rozważań ważna jest konkluzja, że społeczność międzynarodowa na tym etapie rozwoju prawa międzynarodowego, w którym staje się ono w coraz większym stopniu prawem ludów, zaczyna ewoluować w kierunku systemu, który bardziej przypomina system filadelfijski czy unijny niż system westfalski<sup>95</sup>.

Przyjrzyjmy się teraz niektórym instrumentom realizacji idei, która wiąże suwerenność państwa z suwerennością jego ludu i zarazem uznaje podstawowe prawa człowieka za dobro wspólne całej ludzkości. Fundamentalne z tego punktu widzenia

za sytuację zagrażającą pokojowi i bezpieczeństwu na całym świecie, a tym samym może otwierać drogę do użycia przez wspólnotę międzynarodową środków przymusu przewidzianych w rozdziale VII Karty NZ<sup>97</sup>.

W gruncie rzeczy budząca tak wiele sporów i kontrowersji, choćby ze względu na treść art. 2 (4) Karty NZ, instytucja interwencji humanitarnej zmierza w tym samym kierunku. Instytucja ta coraz częściej znajduje uznanie nie tylko w oczach teoretyków, ale również wielu organizacji, a nawet państw<sup>98</sup>. W instytucji interwencji humanitarnej można widzieć najbardziej radykalną próbę przełamywania pozytywistycznych paradygmatów na gruncie prawa międzynarodowego<sup>99</sup>. Daje ona bowiem grupie państw, a nawet pojedynczemu państwu, prawo użycia środków przymusu tam, gdzie dochodzi do masowych naruszeń podstawowych praw człowieka, takich na przykład jak akty ludobójstwa, eksterminacji całych narodów czy grup

„Każde państwo jest uprawnione do użycia siły, by położyć kres temu, co się dzieje w innym państwie, jeśli dzieją się tam rzeczy straszne”.

znaczenie posiada niewątpliwie przewidziana w Kartie NZ możliwości zastosowania przez RB środków bezpośredniego przymusu wobec państwa, w którym naruszenia praw człowieka przybrały taką miarę, że zaczynają stanowić zagrożenie pokoju i bezpieczeństwa na świecie. Środki te mogą polegać na blokadzie komunikacyjnej, użyciu sankcji ekonomicznych, zerwaniu stosunków dyplomatycznych (art. 41), a w ostateczności nawet na użyciu sił zbrojnych (art. 42)<sup>96</sup>. Rezolucje RB 688 i 794 w sprawie Kosowa (1991, 1999) i w sprawie Somalii (1992) to jedne z pierwszych zwiastunów uznania tezy, że naruszenie praw człowieka w jednym państwie może zostać uznane

etnicznych, w sytuacji gdy wspólnota międzynarodowa zachowuje bezczynność<sup>100</sup>. Radykalnym wyrazem podejścia do interwencji humanitarnej jest stanowisko M. Walzera, gdy stwierdza on, że „każde państwo

94 Szeroko na ten temat D. Deudney, *Binding Sovereigns and Geopolitics in Philadelphia Systems* [w:] *State Sovereignty as a Social Contract*, ed. T.J. Biersteker and C. Weber, Cambridge University Press 1996.

95 D. Deudney, tamże, s. 226.

96 S.D. Krasner, dz. cyt., s. 123.

97 D. Philpott, dz. cyt., s. 41. RB czyni z tej możliwości coraz częstszy użytek – por. szeroko na ten temat J. Kranz, dz. cyt., s. 149. Zgodnie z art. 6 Karty NZ państwo, które uporczywie łamie jej postanowienia, może być usunięte z tej organizacji.

98 Por. Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford 2000, s. 27, który powołuje się na stanowisko rządu brytyjskiego z 1992 r. (UK Materials on International Law, 63 BYIL 1992, 826) – s. 30, por. też Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty held in Ottawa on 5–6 November 2000; Maputo 11–12 March 2001.

99 Tak trafnie J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji*, Gdańsk 2005, s. 212.

100 Por. na przykład Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty held in Ottawa on 5–6 November 2000; Maputo 11–12 March 2001. Na temat interwencji humanitarnej J. Zajadło, dz. cyt., Gdańsk 2005, J. Kranz, dz. cyt., s. 129, C. Żelaźnicki, dz. cyt., s. 28.

jest uprawnione do użycia siły, by położyć kres temu, co się dzieje w innym państwie, jeśli dzieją się tam rzeczy straszne” i w takiej sytuacji wszelkie dywagacje o uprawnieniach RB stają się po prostu niemoralne<sup>101</sup>. Można więc powiedzieć, że cele tej instytucji są podobne do celów aktów cywilnego nieposłuszeństwa i formuły Radbrucha na gruncie prawa wewnętrznego, ponieważ obie służą do zwalczania państwowego bezprawia<sup>102</sup>.

Innym zwiastunem globalizacji najbardziej podstawowych praw człowieka i praw ludów jest kształtowanie się w międzynarodowym prawie karnym pojęcia jurysdykcji powszechnej (uniwersalnej), która pozwala każdemu państwu ścigać zbrodniarzy winnych naruszenia najbardziej elementarnych praw człowieka<sup>103</sup>. Konwencje Genewskie o traktowaniu jeńców wojennych i o ochronie osób cywilnych podczas wojny już w 1949 roku przyznawały sądowi każdego państwa prawo jurysdykcji w stosunku do każdej osoby, bez względu na jej obywatelstwo, która jest winna popełnienia w czasie wojny szczególnie ciężkich przestępstw (na przykład umyślnego zabójstwa, torturowania czy nieludzkiego traktowania). W latach dziewięćdziesiątych rozpoczął się proces tworzenia Międzynarodowych Trybunałów Karnych powołanych dla osądzenia szczególnie jaskrawych zbrodni, na przykład tych, które miały miejsce w byłej Jugosławii czy Rwandzie, i może być on uznany za próbę realizacji przesłania tych konwencji<sup>104</sup>. Efektywność tych sądów może nasuwać wiele zastrzeżeń, ale jak mówi P. Kooijmans nadchodzi czas, gdy suwerenność państw przestaje być tarczą, która chroni dyktatorów masakrujących swoich obywateli<sup>105</sup>.

Wyrazem dokonujących się procesów upodmiotowienia przez prawo międzynarodowych jednostek ludzkich może być również fakt, że prawo międzynarodowe w coraz szerszym zakresie pozwala już nie

tylko państwom, ale także obywatelom i ich organizacjom dochodzić swoich praw i poszukiwać prawnomiędzynarodowej ochrony. Dobitym wyrazem tej tendencji jest umocnienie pozycji jednostki w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka oraz towarzyszący mu gwałtowny wzrost znaczenia instytucji skargi indywidualnej na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (1950)<sup>106</sup>. W takiej lub innej formie instytucję skargi indywidualnej lub środki do niej podobne przewidują również inne źródła prawa międzynarodowego, by powołać się tylko na Międzynarodowe Pakty Praw z 1966 r. czy Amerykańską Konwencję i Afrykańską Kartę Praw Człowieka. Warto zauważyć, że zwłaszcza w latach dziewięćdziesiątych rozpoczął się proces umieszczania w protokołach fakultatywnych do licznych konwencji o prawach człowieka możliwości składania przez osoby fizyczne i ich organizacje indywidualnych zawiadomień o ich naruszaniu przez organy państwa, tak jak to czynią na przykład protokoły fakultatywne do Konwencji w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet (1999) czy Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur (2002).

Mówiąc o dokonujących się procesach umiędzynarodowiania podstawowych praw człowieka i praw ludów nie możemy zapominać o tym, że coraz więcej organizacji międzynarodowych przyjmuje zasadę, że państwa mogą korzystać z dobrodziejstw, które daje przynależność do tych organizacji tylko pod warunkiem, że spełnią one określone wymagania, w tym dotyczące przestrzegania zasad demokracji i praw człowieka. Takie wymagania zawierała już Karta NZ w art. 5 i 6, zawierają je również traktaty unijne, zaś Traktat Amsterdamski przewiduje możliwość zawieszenia niektórych praw państwa w UE, które nie spełnia tych wymogów<sup>107</sup>. Przynależność do takich organizacji jak Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Bank Światowy, Światowa Organizacja Handlu, Europejski Bank Rekonstrukcji i Rozwoju, czy NATO jest również związana z koniecznością

101 M. Walzer, *O tolerancji*, Warszawa 1999, s. 32.

102 Szeroko na ten temat J. Zajadło, dz. cyt., Gdańsk 2005.

103 D. Held, dz. cyt., s. 7, A. Cassese, dz. cyt., s. 246.

104 A. Boss, *Crimes of State: In Need of Legal Rules*, A. Cassese, *International Criminal Justice. Is It Needed in the Present World*, obie prace [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002, C. Tomuschat, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press 2003, s. 88.

105 Cyt. za D. Greig, dz. cyt., s. 529.

106 W latach 1953–1990 do Komisji skierowano ponad 15 500 skarg pochodzących głównie od osób fizycznych i liczba ta stale rośnie – por. S.D. Krasner, dz. cyt., s. 117.

107 W. van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Oxford and Portland 2005, s. 40.

spełnienia całego szeregu różnych warunków, w tym warunków odnoszących się do przestrzegania zasad demokracji i praw człowieka<sup>108</sup>.

Należy wreszcie wskazać, że w czasach globalizacji, w których większość demokratycznych państw w jakimś zakresie uznaje zasadę bezpośredniej stosowalności norm prawa międzynarodowego, potężnym instrumentem realizacji norm prawa międzynarodowego w takich państwach staje się prawo wewnętrzne<sup>109</sup>. Taki stan rzeczy, w którym jednostki ludzkie i ich organizacje mogą bezpośrednio dochodzić roszczeń wynikających z prawa międzynarodowego przed sądami i innymi organami swojego państwa, to prawdopodobnie najskuteczniejszy instrument implementacji tego prawa<sup>110</sup>. Prawo UE, w której przyjęto zasadę prymatu i bezpośredniego stosowania przepisów unijnych, jest dobrym tego świadectwem<sup>111</sup>.

Idea prawa międzynarodowego jako instrumentu ochrony dóbr wspólnych nasuwa oczywiście szereg problemów i zastrzeżeń. Pierwsze z nich możemy wyrazić w pytaniu o zakres, w jakim prawo międzynarodowe powinno chronić dobra wspólne. Można bowiem sensownie uważać, że do równie destrukcyjnych skutków może prowadzić sytuacja, w której wspólnota międzynarodowa nie chroni tych dóbr i zasobów, od których zależą same podstawy jej egzystencji, jak i taka, w której kolektywizacja dóbr przybiera takie rozmiary, że unicestwia zdolności wspólnoty ludzkiej do zdrowego współzawodnictwa i rozwoju. Jak dowodzi przykład bloku sowieckiego, świat całkowicie skolektywizowany to również świat skazany na ruinę. Nie możemy przeto wyrazić zgody ani

na tak wąską koncepcję prawa międzynarodowego, która mogłaby pogrążyć świat w katastrofach ekologicznych lub wyrażała zgodę na rządy oprawców i tyranów, ani na tak szeroką, która oznaczałaby totalną kolektywizację naszych kultur i tradycji, w którym socjalistyczny lub liberalny model miałby się stać nie tylko uniwersalnym, ale także jedynie dopuszczalnym sposobem życia<sup>112</sup>. Kolektywizacja dotyczyć może bowiem nie tylko zasobów materialnych, ale również sposobów życia i myślenia. Jeśli w naszych czasach w odniesieniu do ochrony dóbr naturalnych coraz częściej staje się zasadne oskarżenie wielu ruchów ekologicznych o „eco-colonialism” czy „environmental imperialism”<sup>113</sup>, to w odniesieniu do wielu dóbr idealnych, takich jak ochrona życia ludzkiego, rodziny czy funkcji religii w życiu publicznym, taki sam zarzut można wysunąć wobec wojującego socjalizmu i liberalizmu. Poszukiwanie złotego środka, w którym te dwie przeciwstawne tendencje mogłyby zostać w racjonalny sposób zbilansowane, może być jednym z najważniejszych wyzwań, przed którym stoi współczesne prawo międzynarodowe.

Jeszcze inny zarzut przeciwko naszkicowanej tutaj wizji prawa międzynarodowego podnoszą zwolennicy teorii realistycznej stosunków międzynarodowych. Twierdzą oni, że wszystkie środki, którymi dysponuje współczesne prawo międzynarodowe, stosują się do małych i słabych członków wspólnoty międzynarodowej, a poza ich zasięgiem pozostają państwa wielkie i ich dyktatorzy. Jest to oczywiście smutny fakt naszej historii, ale czy można zaprzeczyć, że świat, w którym możemy ścigać tylko niektóre zbrodnicze reżimy i ich dyktatorów, jest mimo wszystko lepszy niż świat, w którym w imię opacznie rozumianej zasady suwerennej równości państw wszyscy są bezkarni. Czy bezkarność zbrodni Stalina w jakimkolwiek sensie usprawiedliwia zbrodnie Miloševića? Twierdzi się ponadto, że same fundamenty, na których opiera się nowa konstrukcja suwerenności, by powołać się tylko na prawo do sa-

108 E.-U. Petersmann, dz. cyt., s. 148, S.D. Krasner, dz. cyt., s. 127, C. Żelaźnicki, dz. cyt., s. 30.

109 Por. R. Szafarz, *Prawo międzynarodowe a prawo wewnętrzne* [w:] *Źródła prawa w RP*, red. L. Garlicki i inni Warszawa 1997, s. 67. Na temat zasady prymatu prawa międzynarodowego i wewnętrznego oraz ich implikacji dla suwerenności państw por. klasyczne opracowanie: H. Kelsen, *Sovereignty and International Law*, „The Georgetown Law Journal” 1960, vol. 48.

110 M. Scheinin, *International Human Rights and National Law* [w:] *Introduction to the International Protection of Human Rights*, Turku 2004, s. 421, C. Tomuschat, dz. cyt., s. 100.

111 Na ten temat na przykład G. de Búrca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the ECJ* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003.

112 Broni tej idei nawet liberal J. Rawls, którego zdaniem wspólnota międzynarodowa powinna obejmować wszystkie państwa, które spełniają przewidziane w prawie ludów standardy przyzwoitości, a nie tylko społeczeństwa liberalne. – por. J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 9, 90.

113 Por. F.X. Perez, dz. cyt., s. 95.



mostanowienia czy interwencję humanitarną, są nadzbyt nieokreślone i stwarzają możliwości nadużyć. Na prawa człowieka powoływał się przecież i Hitler i komunistyczni oprawcy, gdy napadali na Czechosłowację. To wszystko prawda, w końcu sama instytucja nadużycia prawa może być także nadużywana, ale jest to przecież co najwyżej powód, by doskonalić instrumenty ochrony praw ludów i praw człowieka, a nie by z nich rezygnować.

Przeciwko przedstawionej tutaj argumentacji można wreszcie wysunąć następujący zarzut. Ochrona dóbr wspólnych dokonuje się w prawie międzynarodowym nadal głównie za pośrednictwem norm traktatowych, a normy *ius cogens* mają w tym zakresie nadal znaczenie raczej symboliczne i marginalne. Można przeto uważać, że podstawowa zasada klasycznego prawa międzynarodowego, że zobowiąza-

mówi art. 87 i 88 tej konwencji<sup>114</sup>. Dochodzimy więc do wniosku, że w zglobalizowanym świecie ochrona wielu dóbr wspólnych leży w dobrze rozumianym interesie wszystkich państw, a nieprzestrzeganie wielu norm traktatowych skazuje państwa na izolację lub marginalizację. Jak dowodzi przykład UE, przynależność do wielu organizacji jest przedmiotem pożądaniami i państwa są gotowe do wielu wyrzeczeń, by spełnić warunki, od których zależy owa przynależność. Gęsta sieć organizacji międzynarodowych, które chronią i zarazem dają dostęp do wielu dóbr wspólnych w zakresie komunikacji, handlu czy transmisji danych, składa się dzisiaj na system, który z powodzeniem można określić jako *global governance*<sup>115</sup>, co również przyczynia się do tego, że różnica między normami względnie i bezwzględnie wiążącymi w wielu wypadkach zaczyna się zacierać.



## **Jak dowodzi przykład UE, przynależność do wielu organizacji jest przedmiotem pożądaniami i państwa są gotowe do wielu wyrzeczeń, by spełnić warunki, od których zależy owa przynależność.**

nia międzynarodowe mogą powstawać tylko za zgodą państw, nie uległa większemu ograniczeniu. Zarzut ten nie jest jednak nieodparty. Należy bowiem zauważyć, że w dobie globalizacji w wielu przypadkach różnica między normami względnie i bezwzględnie wiążącymi zaczyna się zacierać i w praktyce te pierwsze wiążą nie mniej bezwzględnie niż te drugie. Przyjrzyjmy się na przykład Konwencji o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym (1944), która już w art. 1 stwierdza, że „każde państwo posiada całkowitą i wyłączną suwerenność w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium”. Powstaje jednak pytanie, czy państwo, które zamierza korzystać z dobrodziejstw prawa przelotu i lądowania w różnych miejscach naszego globu rzeczywiście nie zechce się podporządkować ogromnej liczbie zaleceń i dyrektyw ustanawianych przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO), czy też sankcjom, o których

Spróbujemy zwięźle podsumować przedstawione tutaj wywody. W moim przekonaniu bynajmniej nie uzasadniają one tezy, że we współczesnym świecie suwerenność jest martwa, że żyjemy w epoce, w której już nie ma suwerennych państw<sup>116</sup>. Suwerenność

<sup>114</sup> P. Mendes de Leon, *The Dynamics and Sovereignty in International Aviation Law* [w:] *State, Sovereignty and International Governance*, ed. G. Kreijen, Oxford 2002. Taki sam problem dotyczy kwestii korzystania z mórz i oceanów, przestrzeni kosmicznej i wielu innych dóbr naturalnych – por. F.X. Perez, dz. cyt., s. 238.

<sup>115</sup> M. Brus, dz. cyt., K. Jayasuriya, *Globalization, Sovereignty and the Rule of Law*, *Constellations* 2001, nr 4, s. 443, B. Kingsbury, *Sovereignty and Inequality*, „*European Journal of International Law*” 1998, vol. 9, s. 599.

<sup>116</sup> Tezy o zmierzchu suwerenności w licznych swoich pracach bronił N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, „*Modern Law Review*” 1993, vol. 56, tenże, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 95.

pozostaje podstawową zasadą prawa międzynarodowego, a suwerenne państwo dalej jest głównym nośnikiem i obrońcą wartości demokratycznych we współczesnym świecie. J. Rawls i J. Habermas otwarcie przyznają, że ich projekty reformy prawa międzynarodowego dążą właśnie do tego, by uczynić zasady konstytucyjne, na których opiera się życie społeczne w państwach demokratycznych, podstawą porządku prawnomiędzynarodowego<sup>117</sup>. Broniąc suwerenności państwa, trzeba jednak zawsze pamiętać o tym, że bronimy suwerenności tylko tych państw, w których również lud jest suwerenny.

Nie mogłem w moim opracowaniu ustosunkować do wszystkich problemów związanych z suwerennością, a w szczególności do fascynującego i budzącego tyle sporów problemu, jaki wpływ na suwerenność wywiera przynależność państwa do UE. Chciałbym jednak w tej sprawie poczynić chociaż jedną uwagę. Na początku moich wywodów, nawiązując do rozróżnienia suwerenności w sensie prawnym i w sensie faktycznym, wskazałem, że z prawnego punktu widzenia decyzja o wstąpieniu i wystąpieniu z Unii pozostaje nadal w gestii państw i w tym sensie można co najwyżej mówić o faktycznym ograniczeniu wykonywania wielu kompetencji, z których zwykle korzystają suwerenne państwa. Gdy jednak spojrzymy na nasz problem z perspektywy, która każe wiązać suwerenność państwa z suwerennością ludu, to odpowiedź na postawione wyżej pytanie nie rysuje się już tak jednoznacznie. Można bowiem uważać, że model organizacyjny Unii w bardzo łatwy sposób pozwala zastępować zgodę ludów zgodą rządów i w efekcie projekt UE jest często budowany ponad głowami obywateli. Na tym też polega często podnoszony zarzut deficytu demokracji w UE<sup>118</sup>. Obawy wyrażone w tym pytaniu niekoniecznie dotyczą kwestii, czy Polska lub

inny kraj Europy nie do końca dzielący taką wizję Europy, której bronią elity polityczne i świat biznesu, winien należeć do tej organizacji, bo przynajmniej w naszym przypadku rachunek zysków i strat wydaje mi się oczywisty, ale dotyczą problemu, czy model instytucjonalny UE rzeczywiście respektuje fundamentalną dla suwerenności każdego ludu zasadę jego autonomii w rozstrzyganiu wszystkich fundamentalnych spraw życia publicznego. Nie sposób w tym miejscu nie zacytować następujących słów J. Rawlsa: „Możemy powiedzieć, że dobry dla jednostki i stowarzyszeń jest związek z ich lokalną kulturą i uczestnictwo we wspólnym życiu publicznym i obywatelskim. W ten sposób przynależność do lokalnej społeczności politycznej i bycie u siebie w społecznym świecie obywatelskim jest wyraziste i spełnione. (...) To argument przemawiający za zachowaniem odpowiedniej roli dla idei samostanowienia ludów oraz za luźną albo konfederacyjną formą społeczności ludów”<sup>119</sup>. W moim przekonaniu argument Rawlsa w pełni stosuje się do struktury instytucjonalnej UE. W każdym jednak razie kwestia, jak zbudować tożsamość europejską nie niwecząc tożsamości narodów Europy to największe wyzwanie, przed którym stoi ta organizacja<sup>120</sup>. Świadomość tego faktu staje się coraz powszechniejsza, o czym świadczy choćby tworzenie się doktryny konstytucyjnego pluralizmu, w którym orzecznictwo licznych sądów konstytucyjnych, na przykład w Niemczech, Włoszech czy Belgii, dochodzi do wniosku, że prawo unijne nie powinno naruszać najbardziej fundamentalnych wartości ich porządków konstytucyjnych<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> J. Rawls, dz. cyt., Warszawa 2001, s. 163.

<sup>120</sup> O różnych modelach integracji europejskiej N. Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the EU* [w:] *The European Union and its Order*, ed. Z. Bankowski and A. Scott, Blackwell Publishers 2000. Na ten temat W. van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Oxford and Portland 2005. O obawach z tym związanych na przykład M. Leonard, *Sposób na Europę. Pomiędzy federalizmem a Europą narodów*, Warszawa 2000.

<sup>121</sup> Bliżej na ten temat G. de Búrca, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the ECJ* [w:] *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Oxford 2003, s. 511, por. też K. Wójtowicz, dz. cyt., s. 170. Podobnie uważa nawet N. McCormick (*Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 117, por. też jego idea *pluralism under international law*, s. 116).

<sup>117</sup> J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 33, J. Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems for World Society* [w:] *Between Complexity of Law and Lack of Order*, ed. B. Wojciechowski i inni, Toruń – Beijing 2009, s. 18, 21.

<sup>118</sup> B. de Witte, dz. cyt., D. Wincott, *Does the European Union Pervert Democracy? Questions of Democracy in New Constitutional Thought on the Future of Europe*, I. Ward, *Identity and Democracy in the New Europe* i wiele innych opracowań [w:] *The European Union and its Order*, ed. Z. Bankowski and A. Scott, Blackwell Publishers 2000.





**Joseph H.H. Weiler**

*Joseph H.H. Weiler jest profesorem New York University School of Law. Pracuje jako Dyrektor The Straus Institute for the Advanced Study of Law & Justice, The Tikvah Center for Law & Jewish Civilization oraz The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice. Jest także dyrektorem programu studiów doktoranckich w Szkole Prawa. Wcześniej był profesorem prawa w Michigan Law School, a następnie Manley Hudson Professor of Law oraz Jean Monnet Chair w Harvard Law School. Jest członkiem American Academy of Arts and Sciences. Zajmuje stanowisko redaktora naczelnego „European Journal of International Law” i „International Journal of Constitutional Law”. Jego ostatnie publikacje to Un’Europa Cristiana (przetłumaczona na dziewięć języków), The Constitution of Europe (przetłumaczona na siedem języków) oraz nowela Der Fall Steinmann.*

**Joseph H.H. Weiler**

# Państwo i Naród, kościół, meczet, synagoga. Nieunikniona debata

## **State and Nation; Church, Mosque and Synagogue. The debate that won't go away\***

Church and State – although within a couple of decades this concept seemed to be out of date and pushed somewhere in between typology and taxonomy – it came back suddenly to the current discourse in numerous publications, articles and books clarifying with due weight various models of the co-existence of Church and State. The debate relates to the Christian culture, being on the way out in the secular Europe, and its place in self-reflection and self-understanding by nations and countries of the Old Continent. The subject of an animated discussion was a possible reference to „the Christian roots” as a part of the cultural heritage of the EU in the preamble of its the would-have-been constitution. At present, similar issues such as displaying crucifixes in public schools are debated in individual countries – it was decided i.a. by the German Federal Constitutional Court, and is discussed by lawyers in other countries. The above issue was also the subject of the decision held by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights after the judgment as of November 2009 in case *Lautsi v. Italy* regarding the complaint of Soile Lautsi.

Kościół i państwo – zagadnienie to, choć przez kilka dziesięcioleci wydawało się już przebrzmiałe i zepchnięte gdzieś pomiędzy typologię i taksonomię, powróciło nagle

do bieżącego dyskursu poprzez niezliczone publikacje, artykuły i książki, z należytą powagą objaśniające różnorakie modele koegzystencji Kościoła i państwa. Jednym z powodów takiego

\* Przełożył Jakub Siudyka.

obrotu spraw – często przykrywanym płaszczem politycznej poprawności – było uaktywnienie się w wielu krajach europejskich wspólnot muzułmańskich, jawnie i bez skrępowania opowiadających się za swą religią. Doszukiwanie się związków islamu i jego wyznawców z organizacjami terrorystycznymi (usprawiedliwione czy może też nie), reakcje zwykłych ludzi i populistyczne zachowania osób publicznych – niejednokrotnie wywołujące niesmak – trafiają na pierwsze strony gazet.

Dzisiejsze nagłówki jutro nie będą już odgrywały takiej roli. To, co istotniejsze, mniej przyciąga uwagę. Chodzi tu o dyskusję na temat miejsca religii – choć nie tylko islamu z jego coraz liczniejszymi rzeszami wyznawców – w europejskim społeczeństwie. Debata ta odnosi się do chrześcijańskiej kultury, znajdującej się w odwrocie w zsekularyzowanej Europie, i jej roli w autorefleksji i zrozumieniu samych siebie przez narody i państwa Starego Kontynentu. Przedmiotem ożywionej dyskusji

Trudno przypomnieć sobie drugą taką sprawę rozpatrywaną w ostatnim czasie przez ETPCz, która tak bardzo przykuła uwagę opinii publicznej i mediów. Wystarczy tylko dostrzec związek ze sporem wokół krzyża i debaty dotyczącej noszenia burek muzułmańskich – aby w symboliczny sposób położyć rękę na konstytucyjnym pulsie Europy.

Chciałbym zaproponować niejako nowy, z pewnością dyskusyjny, sposób przedstawiania spraw, tak jak same się obecnie prezentują. W artykule opublikowanym niedawno w „European Journal of International Law” w krytyczny sposób odniosłem się do wyroku Lautsi v. Włochy. Zostałem później poproszony przez przedstawicieli ośmiu państw o wystąpienie w ich imieniu przed Wielką Izbą – co też z chęcią uczyniłem w sposób dobrowolny i w interesie publicznym.

Mówimy zwykle o przywiązaniu do wolności religijnej – zarówno w sposób pozytywny, jak i negatywny. Państwa europejskie – w obrębie regulacji

## *Przedmiotem ożywionej dyskusji było możliwe odwołanie się do „chrześcijańskich korzeni” jako części dziedzictwa kulturowego UE w preambule jej niedoszłej konstytucji.*

było możliwe odwołanie się do „chrześcijańskich korzeni” jako części dziedzictwa kulturowego UE w preambule jej niedoszłej konstytucji. Obecnie podobne kwestie, takie jak umieszczanie krzyża w szkołach publicznych, są dyskutowane w poszczególnych państwach – było to rozpatrywane m.in. przez niemiecki Trybunał Konstytucyjny, a nad zagadnieniem pochylają się także juryści w innych krajach. Sprawą zajęła się również Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka po wyroku z listopada 2009 r. w sprawie Lautsi v. Włochy dotyczącej skargi Soile Lautsi, która uważała, że obecność krzyży w szkole, do której uczęszczali jej synowie, naruszało jej prawo do ich wychowania zgodnie z własnymi przekonaniami.

określonych przez Konwencję – mają za zadanie zapewniać swym obywatelom i mieszkańcom wolność religijną.

W rzeczywistości, w europejskim krajobrazie konstytucyjnym można wyróżnić raczej dwa rodzaje „wolności wyznania”. Obok bowiem klasycznej *indywidualnej* wolności wyznania Europa w swej strukturze prezentuje także drugą *kolektywną* formę owej wolności, wyrastającą z samookreślenia, a mianowicie swobody państw/narodów w zakresie wkomponowywania – w mniejszym lub większym stopniu – religii i symboli religijnych do symboliki państwowej i ideologii definiującej ich tożsamość i pozwalającej im (państwom/narodom) zrozumieć same siebie. (Tylko, chciałbym spytać, czy

nie ma w tym dozy hipokryzji, że często słyszy się głosy, iż Turcja powinna być laicka? Turcja – tak, a Dania – nie?)

Spójrzmy na Francję i Wielką Brytanię (to odpowiednie przykłady, ponieważ oba państwa przyczyniły się do powstania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka), które postrzegane są – przy naturalnych niedoskonałościach – jako liberalne demokracje w dobrej kondycji.

Francja już w samej konstytucji określa się jako laicka – co jest zwykle rozumiane jako jej doktryna polityczna, zabraniająca państwu czerpania jakiegokolwiek wsparcia ze strony religii i zgodnie z którą finansowanie szkół przez państwo czy umieszczanie symboli religijnych (w miejscach publicznych) traktowane byłoby jako wykroczenie przeciwko porządkowi. Na poziomie osobowym, laickość nie musi od razu oznaczać indywidualnego ateizmu czy agnostycyzmu. Znam, jak i zapewne

takich jak współczesne Zjednoczone Królestwo czy Dania. Dla wygody będziemy używać zwrotu „państwa nielaickie”. Podobnie jak Francja i każde inne państwo, kraje te są przywiązane i zobowiązane zarazem do zapewnienia wolności religijnej. Jednakże kraje te nie widzą niczego nagannego w postrzeganiu swej tożsamości przez pryzmat religii lub w odniesieniu do historycznych tradycji religijnych – przez co w ich przestrzeni publicznej obecne są symbole religijne powiązane z symboliką państwową. W Anglii, będącej częścią Zjednoczonego Królestwa, monarcha jest jednocześnie głową państwa i tytularnym zwierzchnikiem wiary anglikańskiej w narodowym Kościele Anglii. Wiele funkcji państwowych ma charakter religijny – duchowni zasiadają (lub zasiadali) z mocy urzędu w instytucjach prawnych, flagą jest Krzyż Św. Jerzego, a hymn narodowy ma formę modlitwy do Boga.

## Na poziomie osobowym laickość nie musi od razu oznaczać indywidualnego ateizmu czy agnostycyzmu.

Państwo, wiele osób głęboko religijnych, przywiązanych jednocześnie mocno do idei laickości. Ich zachowanie wynika z tego, że – niezależnie od ich osobistych przekonań – wierzą, iż nie powinno dochodzić do sojuszu tronu z ołtarzem. To dokładne rozróżnienie jest istotne, ponieważ podkreśla fakt, że laickość jest doktryną polityczną odnoszącą się do tego, jakie są najlepsze możliwe relacje państwa i religii. Źródła, podobnie jak uzasadnienie laickości mogą być zarówno historyczne – np. związane z wydarzeniami rewolucji francuskiej, czy też okresu ją poprzedzającego – jak i teoretyczne, zakorzenione w refleksji nad tym, jak państwo może zapewnić pokojową koegzystencję różnorodnych grup religijnych.

Laickość należałoby przeciwstawić innej doktrynie, niezwykle powszechnej w Europie, nieposiadającej jednak ustalonej i zaakceptowanej powszechnie nazwy. „Teokracja” nie jest bowiem najlepszym wyrażeniem na określenie państw

Niejako w lustrzanym odbiciu do tego, o czym zostało wspomniane wyżej, znam – podobnie jak Państwo – wiele osób w Angli, które żywią niewzruszone ateistyczne przekonania, a jednocześnie nie jest dla nich czymś problematycznym „nielaicki” charakter państwa i zdolne są one do pytań takich jak to, czy *Zjednoczone Królestwo doświadczyło większej liczby konfliktów na tle religijnym niż, chociażby, Francja?* Wydaje się, że – przynajmniej dotychczas – katolicy, Żydzi, muzułmanie nie mieli problemów z zaakceptowaniem portretu monarchy na ścianie klasy. Może donioślejsze jest to, że społeczeństwo brytyjskie nie oponowało raczej wobec sal szkolnych dla katolików, żydów, muzułman czy członków Kościoła Angielskiego finansowanych z podatków wszystkich obywateli, o na ogół świeckim światopoglądzie – co nie byłoby już takie proste we wspomnianej uprzednio Francji.

Nie zamierzam postulować wprowadzania normatywnego parytetu dla tych dwóch sposobów podjęcia do tematu. Pozwolę sobie jednak wyrazić

dwa stwierdzenia odnoszące się do nich. Po pierwsze, oba modele – francuski i angielski – uznawane są w Europie za konstytucyjnie usankcjonowane. Zjednoczone Królestwo (jak Dania, Malta, Grecja i inne kraje dysponujące odrębnymi receptami na „nielaickie” państwo) przez to, czym jest, nie przeczy postanowieniom Konwencji ani występującym w Europie tradycjom konstytucyjnym. Po wtóre, w sposób bardziej dyskusyjny, uważam iż stwierdzenie, jakoby laickość była ucieleśnieniem zasady neutralności, domaga się bardzo wąskiej definicji tego, co rozumiemy przez *neutralność*. Z pewnością laickie państwo w stylu francuskim jest neutralne tak jak różnorodne frakcje religijne

nie kwestia wyboru strony w sporze. Na gruncie teoretycznym, przejawem autyzmu lub nieszczerości jest przypisywanie neutralności terminowi, który określa jeden biegun w dwubiegunowej naturze sporu.

Spór ten wprowadza jeszcze jedno rozróżnienie, o którym rzadko się mówi, ale które ujawnia się wyraźnie w sprawie *Lautsi v. Włochy*. Chodzi mianowicie o udzielenie moralnego wsparcia prawnikom śmiałej Pani Lautsi, co jednocześnie przyczyniło się do wzmocnienia wsparcia w zakresie podjętej przez Izbę decyzji. Niektóre osoby wierzą, iż laickość jest stanem pierwotnym i niezbędnym do tego, aby istnieć mogła dobra liberalna demokracja, oraz

## *Toczy się poważny spór dotyczący najlepszego sposobu uregulowania powiązań Kościoła i państwa w sferze symboliki i ikonografii.*

we francuskiej przestrzeni publicznej. Nie jest jednak neutralne w szerszym sensie politycznym. To, co można zawiesić na ścianie klasy, zależy będzie od afiliacji politycznych obozu rządzącego w określonym czasie: popiersie Woltera? Hasło bojowe Rewolucji – „Wolność. Równość. Braterstwo”? Wszak można je znaleźć w niezliczonych szkołach w całym kraju. Jedynymi przedmiotami, których nie można wystawiać na widok publiczny – niezależnie od dominujących preferencji wyborców – są krzyż, mezusa i półksiężyc. Dzieci mogą przychodzić do szkoły obwieszane wszelkiego typu emblematami, takimi jak słynne trójkąty pokoju, ale nie sami-wiecie-czym.

Nie ma w Europie sporu o zasadę wolności religijnej – pomimo licznych debat odnośnie do stosowania owej zasady. Toczy się jednak poważny spór dotyczący najlepszego sposobu uregulowania powiązań Kościoła i państwa w sferze symboliki i ikonografii. Laicka postawa z pewnością nie jest w tej materii neutralna, a przekonania osób będących jej zwolennikami są tak podzielone, jak osób o proveniencji nielaickiej. Nie jest to bowiem jedy-

że nielaickie podejście jest czymś w najlepszym razie gorszym od optymalnego stanu, a w najgorszym – aberracją. Dlatego też dla dobrych demokratów i stronników liberalnego pluralizmu moralnym imperatywem staje się jak najściślejsze ograniczenie manifestacji religijnych będących przejawem nielaickości państwa.

Są też inni (do których się zaliczam), wyznający pogląd, iż w dzisiejszych czasach, bardziej niż kiedykolwiek wcześniej, europejska wersja nielaickiego państwa jest niezwykle ważna w lekcji tolerancji, której udziela krajom i ich obywatelom niewyznającym „oficjalnej” państwowej religii. Jest to też przykład współlistnienia zakorzenionej w religii lub historycznie z nią powiązanej tożsamości zbiorowej z zasadami liberalnej demokracji. Jest coś ujmującego w tym, że królowa, która jest tytularnym zwierzchnikiem Kościoła Anglii – przez wielu katolików, muzułman, żydów, nie wspominając już o większości ateistów czy agnostyków, jest uważana za „ich królową”, jak i przez innych obywateli Anglii i Zjednoczonego Królestwa. Uważam, iż nieocenioną wartością europejskiego pluralizmu

jest to, że akceptuje on zarówno rozwiązania brytyjskie, jak i francuskie jako modele gwarantujące osobistą wolność religijną.

W ten sposób zamierzam przedstawić zagadnienia, które wymagają obecnie dyskusji w europejskiej przestrzeni publicznej. Zbyt często bowiem debatę redukuje się jedynie do szkicowania granic wolności religijnej i ich przeciwstawiania pozostałym obyczajom.

Wszyscy zgadzamy się co do tego, że swoboda w zakresie wolności religijnej – jak w przypadku wszystkich praw podstawowych – nie powinna być absolutna. Nie dopuścilibyśmy ofiar z ludzi w imię wolności religijnej, a nawet sprzeciwilibyśmy się

30 czerwca 2010 r.

Proszę Szanownej Izby<sup>1</sup>,

1. Nazywam się Joseph H.H. Weiler. Jestem profesorem prawa na Uniwersytecie Nowojorskim i Profesorem Honorowym Uniwersytetu Londyńskiego. Mam zaszczyt reprezentować rządy Armenii, Bułgarii, Cypru, Grecji, Litwy, Malty, Federacji Rosyjskiej i San Marino. Wszystkie wymienione państwa trzecie są zdania, iż Druga Izba błędnie zrozumiała i zinterpretowała postanowienia Konwencji i wynikające z nich wnioski.

2. Zostałem poinstruowany przez Przewodniczącego Wielkiej Izby, iż osoby trzecie nie mogą odnosić się do szczegółów sprawy i ograniczone są ogólnymi

**Wszyscy zgadzamy się co do tego, że swoboda w zakresie wolności religijnej – jak w przypadku wszystkich praw podstawowych – nie powinna być absolutna.**

zachowaniom zachęcającym do przejawów nienawiści czy zakłócenia porządku publicznego. Wolność osobista jest tu ograniczona różnie objaśnianym dobrem wspólnym.

Wolność religijna nie jest jednak całkowita. Z pewnością żadne dziecko nie powinno być obligowane do wyśpiewywania imienia Boga, nawet jeśli jest to hymn narodowy. Tylko czy w takim przypadku dopuszczalne jest domaganie się, aby inni go nie śpiewali, a w konsekwencji, aby został on zmieniony?

Uważam, że niniejszy wywód będzie pomocny w zrozumieniu treści obecnie prowadzonych debat i wypracowaniu sensownych rozwiązań.

Wystąpienie Profesora Josepha H.H. Weilera w imieniu Armenii, Bułgarii, Cypru, Grecji, Litwy, Malty, Federacji Rosyjskiej i San Marino – państw występujących do Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w charakterze interwenienta w sprawie Lautsi v. Włochy

zasadami odnoszącymi się do sprawy i jej możliwego rozwiązania. Wyznaczony czas to 15 minut. Wymienię zatem jedynie najważniejsze argumenty.

3. W swym wyroku Izba wymieniła trzy podstawowe zasady. Z dwoma z nich państwa uczestniczące w postępowaniu zgadzają się. Trzeciej zasadzie państwa te zdecydowanie się sprzeciwiają.

4. Interwenienci zgadzają się co do tego, iż Konwencja gwarantuje osobom wolność religijną (w sensie pozytywnym i negatywnym) i zdecydowanie zgadzają się z potrzebą zapewnienia przez szkoły edukacji prowadzącej do kształtowania postaw tolerancji i pluralizmu, pozbawionych religijnego przymusu.

5. Izba wyjaśnia również zasadę „neutralności”: Obowiązku Państwa w zakresie neutralności i bezstronności niepodobna porównać do jakiegokolwiek prawa będącego w jego posiadaniu, a służącego

<sup>1</sup> W oryginale: „May it please the Court” – zwyczajowy zwrot kierowany przez prawnika w USA do sądu apelacyjnego podczas rozpoczęcia rozprawy.

ocenie słuszności przekonań religijnych czy sposobów wyrażania owych przekonań. (paragraf 47)

6. Z założenia tego wysnuwa się nieuchronnie następujący wniosek: krzyż na ścianie klasy został odebrany jako wyraz oceny słuszności przekonań religijnych – chrześcijańskich – a przez to jako przejaw wrogości.

7. Tak postrzegana „neutralność” oparta jest na dwóch błędach koncepcyjnych – prowadzących do błędnych wniosków.

8. Po pierwsze, w obrębie zasad określonych w Konwencji – wszyscy sygnatariusze zobligowani są w gruncie rzeczy do zapewnienia wolności religijnej zarówno w sensie pozytywnym, jak i negatywnym. Zobowiązanie to przedstawia wspólną w Europie wartość. Jest to jednakże równoważone znaczną swobodą w odniesieniu do miejsca religii i dziedzictwa religijnego w zbiorowej świadomości narodu i symbolice państwa.

9. Istnieją zatem państwa-sygnatariusze Konwencji, w których *laickość* jest podstawą definiowania samego państwa – jak to jest przykładowo we Francji – i w których niedopuszczalne jest umieszczanie lub finansowanie przez państwo jakichkolwiek symboli religijnych w przestrzeni publicznej. Religia jest w nich sprawą prywatną.

10. Od żadnego z państw nie wymaga się jednak wspierania *laickości*.

11. Przez naturę swego ustroju, w którym działa Kościół państwowy – wydawać by się mogło, że Anglia przeciwstawia się zastrzeżeniom Izby. Jak bowiem uznać, że przy wspomnianym nagromadzeniu symboli religijnych nie mamy do czynienia z oceną słuszności przekonań religijnych?

12. Europa posiada wielką różnorodność modeli koegzystencji państwa i religii. Ponad połowa obywateli kontynentu żyje w krajach, których nie można określić jako *laickie*. Niewątpliwie w publicznej edukacji państwo i symbolika państwowa mają swoje miejsce. Jednakże wiele z tych symboli posiada religijne źródło lub też dysponuje współczesną religijną tożsamością. Krzyż jest w Europie najbardziej widocznym znakiem, który można dostrzec na flagach, budynkach, herbach itp. Błędne jest udowadnianie, że jest to *tylko* lub *jedynie* symbol narodowy. Tak samo błędne jest twierdzenie, głoszone przez niektórych, że jest to znak mający wyłącznie znaczenie religijne. Historycznie jest to część tożsamości narodowej wielu państw Europy. (Są też naukowcy twierdzący, że 12 gwiazd Rady Europy cechuje taki sam dualizm).

13. Zwróćmy uwagę na portret królowej Anglii, wiszący w sali szkolnej. Tak jak krzyż – zdjęcie to ma podwójne znaczenie. Jest wizerunkiem głowy państwa, ale jest też fotografią tytularnego zwierzchnika Kościoła Anglii (królowa jest

## Europa posiada wielką różnorodność modeli koegzystencji państwa i religii.

Wszak po drugiej stronie Kanału znajduje się Anglia, o której celowo wspominam. Działa w tym kraju Kościół państwowy, którego zwierzchnik jest jednocześnie głową państwa. W tymże kraju liderzy religijni, na mocy urzędu, zasiadają w organach ustawodawczych, na fladze widnieje krzyż, a hymn narodowy jest modlitwą do Boga o zachowanie monarchii i obdarzenie jego lub jej zwycięstwem i chwałą.

(Czasem jednak Bóg nie wysłuchuje tych prośb – zupełnie jak podczas meczu piłkarskiego kilka dni temu...)

w pewnym sensie niczym papież, który też jest głową państwa i Kościoła). Czy dopuszczalne byłoby, aby ktoś domagał się usunięcia portretu królowej ze szkoły, ponieważ jest to niezgodne z ich przekonaniami religijnymi i prawem do edukacji; ponieważ są katolikami, żydami, muzułmanami albo ateistami? Czy zatem dla Konstytucji Irlandii lub Niemiec nie ma miejsca w szkole, ponieważ w ich preambułach znajduje się odniesienie do Świętej Trójcy i Najświętszego Pana Jezusa Chrystusa (w irlandzkiej) oraz Boga (w niemieckiej)? Oczywiście, prawo do wolności religijnej powinno zapewnić ucz-



niom o odmiennym światopoglądzie możliwość niebrania udziału w rytuałach religijnych. Uczniowie tacy z pewnością powinni posiadać prawo do tego, aby nie śpiewać „Boże, chroń królową”, jeśli jest to sprzeczne z wyznawanymi przez nich wartościami. Tylko czy uczeń taki może domagać się, aby nikt inny nie śpiewał tych słów?

14. Ten europejski dorobek jest wielką lekcją pluralizmu i tolerancji. Każde dziecko w Europie, ateista czy wierzący, chrześcijanin, muzułmanin czy żyd, uczy się, że – opierając się na swym dziedzictwie – Europa kładzie nacisk na to, aby każda osoba mogła praktykować swoją wiarę w sposób wolny – pod warunkiem poszanowania praw innych osób i porządku publicznego – ale także by mogła nie wyznawać żadnej religii. Jednocześnie, dla wyrażenia świadectwa pluralizmu i tolerancji, w Europie szanuje się porządek prawny Francji i Anglii, Szwecji i Danii, Grecji i Włoch – chociaż każdy z tych krajów prezentuje odrębny sposób podejścia do obecności symboli religijnych w przestrzeni publicznej i ich wykorzystania przez państwo.

15. W wielu z tych nielaickich krajów duża liczba ludności – być może nawet większość społeczeństwa – nie jest już religijna, a jednak nadal wkomponowanie symboli religijnych w przestrzeń publiczną i ich wykorzystanie przez władze spotykają się z akceptacją świeckiego społeczeństwa, traktującego owe symbole jako część swej tożsamości narodowej i przejaw tolerancji wobec współobywateli. Być może pewnego dnia, za przykładem Szwedów, Brytyjczycy – korzystając ze swej konstytucyjnej swobody – odetną się od Kościoła Anglii. Leży to jednak w gestii Brytyjczyków, a nie Szanownej Izby, Konwencja zaś z pewnością nigdy nie była odczytywana w sposób, z którego wynikać miałyby, iż powinni tak właśnie postąpić. Włochy mogą zdecydować o tym, iż chcą być laickie. Lud włoski może w demokratyczny i zgodny z postanowieniami konstytucji sposób stwierdzić, iż pragnie żyć w państwie świeckim. Jednak to, czy krzyż wiszący na ścianach pozostaje w kolizji z włoską konstytucją, nie jest przedmiotem dociekań tego sądu, lecz włoskiego. Pani Lautsi zależy wszakże nie na tym, aby ta Izba stwierdziła o prawie Włoch do bycia państwem laickim, lecz na narzuceniu im tego, choć nie ma to oparcia w prawie.

16. Kraje współczesnej Europy otworzyły swe granice dla rzesz nowych mieszkańców i obywateli. Powinniśmy zapewnić im możliwość korzystania ze wszelkich gwarancji zawartych w Konwencji. Powinniśmy zachować się wobec nich przyzwoicie i nie dyskryminować. Wezwanie do tolerancji wobec innych nie powinno jednak być rozumiane jako nakłanianie do nietolerancji wobec swej własnej tożsamości. Legalne imperatywy Konwencji nie powinny wychodzić poza usprawiedliwione zagwarantowanie przez państwo wolności religijnej – nie powinny one postulować odcięcia się przez państwo od części swej tożsamości kulturowej tylko dlatego, że miałaby ona związek z religią lub była w niej zakorzeniona.

17. Postawa przyjęta przez Izbę nie jest zatem przejawem pluralizmu postulowanego w ramach Konwencji, ale wyrazem wartości państwa laickiego. Upowszechnienie takiego podejścia w ramach systemu Konwencji doprowadziłoby, z całym szacunkiem, do amerykanizacji Europy. Amerykanizacji dwojakiej – w obrębie uniformizacji podejścia w każdej sprawie, a jednocześnie sztywnego rozdziału religii od państwa, sprzecznego z tym, czym Europa jest – zupełnie tak, jakby nie można było ufać stronom Konwencji, których państwa są nielaickie; jakby niepodobna było wierzyć, że da się w nich przestrzegać zasad pluralizmu i tolerancji.

18. Europa (dzięki) Konwencji zachowuje wyjątkową równowagę pomiędzy indywidualną wolnością religijną a zbiorową swobodą definiowania państwa i narodu poprzez symbole religijne czy nawet instytucję Kościoła narodowego. Ufamy instytucjom demokratycznym, iż określą naszą przestrzeń publiczną i – wspólne dla wszystkich – systemy edukacyjne. Ufamy naszym trybunałom – tak jak tej Izbie – iż będą bronić indywidualnych swobód. Na tym właśnie polega równowaga, która funkcjonuje w Europie od przeszło 60 lat.

19. Jest to swego rodzaju latarnia morska dla innych krajów, ukazująca reszcie świata, że demokracja nie musi się wiązać z ukrywaniem własnej tożsamości religijnej. Wyrok Izby rzucił się cieniem na tę wyjątkową równowagę i stwarza ryzyko spłaszczenia naszego konstytucyjnego pejzażu poprzez pozbawienie go elementu konstytucyjnej

różnorodności. Dlatego też Szanowna Izba powinna przywrócić ową równowagę.

20. Odniosę się teraz do drugiego błędu w koncepcji Izby, a mianowicie do synonimicznego postrzegania świeckości, laickości i neutralności.

21. W dzisiejszych czasach podstawowa linia podziałów na tle religijnym w państwach nie przebiega już pomiędzy protestantami a katolikami, lecz pomiędzy wierzącymi i świeckimi. Świeckość czy laickość nie są pustymi kategoriami odnoszącymi się jedynie do braku wiary. Dla wielu jest to głębokie przekonanie, związane z poglądem na sprawy publiczne, iż religia ma prawo obecności jedynie w sferze prywatnej i nie może być w jakikolwiek sposób łączona z władzą państwową. Przykładowo, zgodnie z przytoczonym poglądem tylko szkoły państwowe mogą być finansowane przez państwo. Szkoły religijne powinny zaś być szkołami prywatnymi i nie przysługuje im wsparcie ze strony władz. Jest to już przejaw postawy politycznej, ale z pewnością nie zasługującej na miano „neutralnej”. W państwach nielaickich, przy pełnym poszanowaniu zasad wolności religijnej, możliwa jest z kolei jakaś forma koegzystencji religii i państwa. Państwa laickie zaś będą orędownikami pustej przestrzeni publicznej i ścian w szkołach ogołoczonych z jakichkolwiek symboli religijnych. Jest przejawem legalistycznej obłudy przyjmowanie jakiejś postawy politycznej i zarazem twierdzenie, że jest ona neutralna.

22. Niektóre państwa, jak Holandia czy Zjednoczone Królestwo, rozumieją ten problem. W sferze edukacji państwa te uświadamiają sobie, że neutralność nie polega na wspieraniu jedynie świeckości przeciwstawianej religijności. Dlatego też fundusze państwowe są tam przyznawane na takich samych zasadach zarówno szkołom świeckim, jak i wyznaniowym.

23. Gdyby społeczna paleta barw składała się jedynie z kolorów niebieskiego, żółtego i czerwonego – wówczas otrzymalibyśmy czern jako kolor neutralny. Jeśli jednak jedna z grup zdecyduje się na wybór czerni jako swych barw – wówczas otrzymana mieszanka nie będzie już neutralna. Świeckość nie opowiada się za brakiem symboli państwowych, ale przeszkadzając jej symbolom religijnym.

24. Jakie są zatem konsekwencje takiego podejścia w sferze edukacji?

25. Rozważmy następującą historię Marco i Leonardo – dwóch przyjaciół, którzy właśnie rozpoczynają naukę w szkole. Leonardo odwiedza swego kolegę w jego domu i zauważa krzyż. Pyta zatem: „Co to jest?” W odpowiedzi słyszy, że to krzyż. „Dlaczego u ciebie go nie ma? W każdym domu powinien być krzyż”. Następnie Leonardo wraca do domu, rozważając to, co usłyszał. Jego matka wyjaśnia mu więc: „Rodzina Marco to praktykujący katolicy. My nie wierzymy w Boga i żyjemy inaczej”. Wyobraźmy sobie teraz wizytę Marco w domu Leonardo. „O rety! – krzyknąłby – nie macie krzyża? Tylko puste ściany?” Jego przyjaciel odpowiedziałby: „nie wierzymy w takie bzdury”. Później Marco wróciłby do domu, rozważając, co usłyszał. Jego matka powiedziałaby mu: „My żyjemy inaczej”. Następnego dnia chłopcy poszli do szkoły. Wyobraźmy sobie, że wisiał tam krzyż. Leonardo wraca do domu, myśląc o tym, co widział, i pyta mamę: „Czy jesteś pewna, że brak krzyża jest dobry?” Szkoła jest jak dom Marco. Tak właśnie przedstawia się treść skargi wniesionej przez Panią Lautsi. Wyobraźmy sobie jednak, że ściany były gołe. Marco wróciłby do domu i powiedział z wyrzutem: „Szkoła jest jak dom Leonardo. Widzisz – nie potrzebujemy go”.

26. Jeszcze bardziej niepokojąca byłaby sytuacja, w której krzyże – od zawsze znajdujące się w klasach – byłyby nagle usuwane.

27. Nie można popełnić takiego błędu. Odgórnie narzucone przez państwo nagie ściany w szkołach, jak to ma miejsce we Francji, mogą sugerować uczniom, że państwo prowadzi politykę antyreligijną. Ufamy, że program szkolny we Francji uczy tolerancji i pluralizmu i odwołuje się do postaw wrogich religii. Zawsze istnieje związek pomiędzy tym, co znajduje się na ścianie, a tym, jak się o tym mówi podczas zajęć szkolnych. W ten sam sposób krzyż na ścianie może być odbierany jako znak przymusu. Wszystko zależy od programu nauczania i tego, czy objaśnia on kontekst, ucząc przez to dzieci we włoskiej szkole pluralizmu i tolerancji. Można też rozważyć przyjęcie innego rozwiązania, jak umieszczenie na ścianie symboli kilku religii i znalezienie metod dydaktycznych, dzięki którym będzie można przekazać idee pluralizmu.

28. Oczywiście jest, że – biorąc pod uwagę różnorodność występującą w tej materii w Europie – nie można mówić o jednym rozwiązaniu, wspólnym dla wszystkich Członków, adekwatnym do sytuacji w każdej szkole. Należy liczyć się z kontekstem społecznym i politycznym, strukturą demograficzną, historią, a także wrażliwością samych rodziców.

29. Mogą zaistnieć szczególne okoliczności, kiedy postanowienia władz państwowych zostaną odebrane jako przymus i przejaw wrogości. Wówczas jednak ciężar dowodu powinien spoczywać na barkach konkretnej osoby, a poprzeczka powinna być

ustawiona odpowiednio wysoko, zanim niniejsza Izba zdecyduje się na interwencję – w obronie postanowień Konwencji – i ingerencję w rozwiązania dydaktyczne ustanowione przez dane państwo. Wyrok, tak jak w przypadku wyroku Drugiej Izby, dotyczący wszystkich i oderwany od historycznego, demograficznego i kulturowego kontekstu – nie tylko jest czymś, przed czym należy przestrzegać, ale także stanowi zaprzeczenie idei pluralizmu, różnorodności i tolerancji, których Konwencja powinna bronić i które są znakiem firmowym Europy.

Zdeněk Koudelka

# Niekonstytucyjna ustawa konstytucyjna

O precedensowym wyroku czeskiego Sądu Konstytucyjnego\*



Zdeněk Koudelka

Zdeněk Koudelka, Ph.D., urodził się w roku 1969 w morawskich Boskovicach. Po ukończeniu studiów prawnych na Uniwersytecie Masaryka w Brnie podjął na tej uczelni pracę w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Politologii, gdzie od roku 2009 zajmuje stanowisko docenta. Jest specjalistą w dziedzinie prawa konstytucyjnego i samorządu terytorialnego. Przez dziesięć lat wykonywał zawód adwokata. W latach 1998–2006 zasiadał w Izbie Poselskiej Parlamentu Republiki Czeskiej, dwukrotnie wybrany z listy partii socjaldemokratycznej (ČSSD). Od 2006 roku jest zastępcą najwyższego prokuratora Republiki Czeskiej, do zakresu jego obowiązków należą sprawy legislacji i międzynarodowej pomocy prawnej.

## Unconstitutional Constitutional Law: a Landmark Decision of the Czech Constitutional Court

In September 2009 the Constitutional Court of the Czech Republic abolished a constitutional act although it was enacted in the required procedure of a qualified majority of votes in both chambers of the Czech Parliament. The disputed constitutional act shortened ad hoc the current parliamentary term of the Chamber of Deputies, opening the way to pre-term elections which were to break the impasse in the parliamentary powers' configuration. The Court held that the constitutional law of such content is in the rule of law system unacceptable although in the past Czech constitutional practice such solution was already adopted. Abolishing for the first time in its history a constitutional act, the Czech Constitutional Court has crossed the Rubicon – has gone beyond the traditionally understood role of the constitutional jurisdiction which is to protect the constitutionality of law at the level of norms of a lower rank than the constitution.

The critical analysis of the judgment and its justification leads the Czech author to the conclusion that abolition of the constitutional act which was adopted in a correct procedure of a qualified majority of votes contradicts the principle that Constitutional Court is legally bound by constitutional acts. Invalidity of a constitutional act would be permissible only if there have been some defects in the adoption procedure. The Czech Constitutional Court had no right to invalidate the constitutional act the content of which opened the way to pre-term elections which would be universal, equal, direct, conducted by secret ballot and would ensure freedom for competition among political parties.

Permissibility of abolishing constitutional acts because of their content by Constitutional Court would need to be explicitly regulated in the constitution. Analogically to the requirement of a qualified majority of votes while adopting a constitutional act, the constitution would need to introduce the same requirement while deciding by judges about abolishing such act.

\* Z języka czeskiego przełożył Bolesław Banaszkiewicz. Niektóre przypisy zostały dodane, za zgodą autora, przez tłumacza.

Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej swoim wyrokiem z 10 września 2009 r.<sup>1</sup> uchylił ustawę konstytucyjną skracającą ówczesną kadencję Izby Polskiej<sup>2</sup> i stwierdził, że jednocześnie traci moc wydane na jej podstawie postanowienie głowy państwa o zarządzeniu przedterminowych wyborów do Izby Poselskiej<sup>3</sup>. Celem uchylonej ustawy konstytucyjnej było przeprowadzenie przedterminowych wyborów w związku z niezdolnością izby do wytworzenia stabilnej większości<sup>4</sup>. Unieważniając po raz pierwszy w swojej historii akt rangi konstytucyjnej, Sąd Konstytucyjny (SK) przekroczył Rubikon – wyszedł poza tradycyjnie rozumianą rolę sądownictwa konstytucyjnego, czyli ochronę konstytucyjności prawa stanowionego na poziomie norm o randzie niższej niż konstytucja. Osobliwe jest też to, że postępowanie przed SK prowadzące do uchylenia ustawy konstytucyjnej zostało

zainicjowane wyłącznie indywidualną skargą konstytucyjną<sup>5</sup> jednego posła, który zarzucał, że naruszono jego bierne prawo wyborcze, ponoć zapewniające mu sprawowanie mandatu przez pełną kadencję<sup>6</sup>.

Omawiany wyrok, wraz z poprzedzającym go postanowieniem tymczasowym, stanowi przejaw tendencji sądów konstytucyjnych do powiększania własnych kompetencji na drodze faktów dokonanych. Jest to poniekąd naturalna skłonność każdego organu władzy. Nasz trybunał korzysta z tego, że Konstytucja Republiki Czeskiej nie ustanawia kontroli jego orzeczeń, chociaż i one mogą być niekonstytucyjne. Ograniczoną kontrolę ewentualnych naruszeń prawa przez SK sprawuje, i to tylko w zakresie podstawowych praw i wolności, Europejski Trybunał Praw Człowieka, udzielając ochrony osobom, które nie znalazły jej przed krajowym sądem konstytucyjnym. W innych dziedzinach SK korzysta z pozycji niekontrolowanego dzierżyciela władzy. Dotyczy to nie tylko kierunku jego orzeczeń, lecz także zakresu jego kognicji. Jeśli ma ochotę rozstrzygnąć o jakiejś sprawie, to zawsze znajdzie argumenty uzasadniające, że należy ona do jego właściwości.

Niżej rozważam sześć aspektów komentowanej sprawy. W każdym z nich aktywistyczne podejście Sądu Konstytucyjnego budzi zasadnicze zastrzeżenia.

## 1. Wstrzymanie wykonania postanowienia o przedterminowych wyborach

Przed wydaniem wyroku co do istoty, czyli uchyleniem ustawy konstytucyjnej, Sąd Konstytucyjny wydał 1 września 2009 r. postanowienie<sup>7</sup> tymczasowo wstrzymujące wykonanie wspomnianego już postanowienia Prezydenta Republiki o zarządzeniu wyborów do Izby Poselskiej na 9 i 10 października 2009 r. Stało się tak, mimo że sam skarżący o to nie wnosił. Tymczasem według ustawy tego rodzaju

1 Wyrok o sygnaturze Pl. ÚS 27/09, wydany w pełnym składzie Sądu Konstytucyjnego przy dwóch zdaniach odrębnych. Wyrok z uzasadnieniem jest opublikowany w urzędowym zbiorze ustaw „Sbírka zákonů” z roku 2009 pod pozycją 318 (= wyrok nr 318/2009 Sb.). Ten sam wyrok w oryginale z uzasadnieniem i zdaniem odrębnymi jest dostępny na stronie [http://swwww.usoud.cz/assets/Pl-27-09-ro\\_nalez\\_a\\_disenty.pdf](http://swwww.usoud.cz/assets/Pl-27-09-ro_nalez_a_disenty.pdf), a w angielskim przekładzie bez zdań odrębnych – na stronie <http://www.usoud.cz/soubor/2510> (wszystkie odesłania do stron internetowych według dostępu z 1 lipca 2010).

2 Ustawa konstytucyjna nr 195/2009 Sb. o skróceniu piątej kadencji Izby Poselskiej. Akt ten wszedł w życie z dniem ogłoszenia, tj. 29 czerwca 2009 r. U w a g a : w przypisach stosuje się oznaczenie aktów prawodawczych zgodne z czesko-słowackim zwyczajem, tj. po tytule zamiast daty podaje się – jak wyżej – numer pozycji i rocznik odpowiednio w zbiorze ustaw „Sbírka zákonů” (Sb.) albo „Zbierka zákonov” (Z.z.).

3 Postanowienie Prezydenta Republiki nr 207/2009 Sb. o zarządzeniu wyborów do Izby Poselskiej Parlamentu Republiki Czeskiej. Nosi ono datę 1 lipca 2009 r., a ogłoszono je w zbiorze ustaw z 9 lipca tegoż roku. Wybory miały odbyć się 9 i 10 października.

4 W tej sprawie porozumieli się prezydent Václav Klaus i przedstawiciele głównych sił politycznych po tym, jak wiosną 2009 r. rząd Mirka Topolánka uzyskał wotum nieufności. Zastąpił go ponadpartijny gabinet fachowców z premierem Janem Fischerem. Gabinet ten miał działać do utworzenia nowego rządu w wyniku przedterminowych wyborów. UdaREMNIĄCY jest wyrok SK z 10 września 2009 r., podobnie jak dziewięć dni wcześniej postanowienie tymczasowe, zapadł w trakcie kampanii wyborczej, wstrząsając życiem politycznym i opinią publiczną kraju. Ostatecznie wybory do Izby Poselskiej odbyły się w zwykłym terminie, w maju 2010 r.

5 O czeskim modelu skargi konstytucyjnej, odmiennym od polskiego, zob. V. Šimíček, *Piętnaście lat skargi konstytucyjnej w Republice Czeskiej – i co dalej?*, tłum. B. Banaszkiewicz, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 3, s. 11–27.

6 Skarżącym był poseł Miloš Melčák. W 2006 r. wybrano go z listy partii socjaldemokratycznej, ale wkrótce po wyborach usunięto z partii za poparcie rządu Topolánka; od tam był posłem bezpartyjnym.

7 Sygn. Pl. ÚS 24/09 16 (312/2009 Sb.).

postanowienie może być wydane tylko na wniosek skarżącego<sup>8</sup>.

Inną ustawową przesłanką tymczasowego wstrzymania wykonania aktu władzy publicznej zaskarżonego w trybie skargi konstytucyjnej jest to, że wskutek postanowienia SK inne osoby nie doznają uszczerbku proporcjonalnie większego od tego, jaki poniósłby skarżący w razie wykonania zaskarżonego aktu. Skarżącemu groziła utrata ośmiu miesięcznych diet poselskich. Po drugiej stronie w grę wchodziły pokaźne wydatki podmiotów publicznych i prywatnych. W uzasadnieniu postanowienia Sąd stwierdził, że wstrzymanie wyborów nie spowoduje dodatkowych wydatków publicznych. Z późniejszej informacji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych wynika jednak, że na przygotowanie przedterminowych wyborów wydano do tego czasu już ponad 60 milionów koron<sup>9</sup>.

Postanowienie Sądu Konstytucyjnego, wbrew twierdzeniu zawartemu w jego uzasadnieniu, naruszyło także prawa osób trzecich. Dotyczy to czynnego prawa wyborczego wszystkich osób uprawnionych do głosowania w ogłoszonym terminie wyborów. Dotyczy to także praw majątkowych partii politycznych, które zaciągnęły zobowiązania finansowe w uzasadnionym przekonaniu, że na jesieni 2009 r. odbędą się wybory<sup>10</sup>. Stosunkowo większych szkód doznały słabsze finansowo podmioty polityczne. Tym samym SK naruszył konstytucyjny fundament systemu politycznego, jakim jest swobodna i niezakłócona rywalizacja partii politycznych<sup>11</sup>.

## 2. Zasadność przedterminowych wyborów

W demokracji władza pochodzi od ludu. Nie należy ona do posłów, którzy zawiadują publicznymi

sprawami z mandatu wyborców. Ten, kto włada cudzym dobrem w imieniu właściciela, obowiązany jest mu je zwrócić, jeśli nie jest w stanie wywiązać się ze swego zadania. Posłowie powinni umożliwić obywatelom podjęcie decyzji o przyszłym rządzie, jeżeli Izba Poselska sama nie jest w stanie tego uczynić. Błędem autorów Konstytucji Republiki Czeskiej było, że nadmiernie ograniczyli możliwość rozwiązania izby, które w demokracji bywa sposobem przezwycięzania kryzysów rządowych na drodze przedterminowych wyborów. Surogatem instytucji rozwiązania izby stała się w naszym porządku prawnym praktyka przyjęcia *ad hoc* – przy zachowaniu większości trzech piątych głosów w Izbie Poselskiej i Senacie – ustawy konstytucyjnej skracającej daną kadencję.

Jest paradoksem, że Sąd Konstytucyjny z jednej strony wyraźnie stwierdził, iż interes publiczny wymaga przede wszystkim powołania należycie legitymowanego parlamentu<sup>12</sup>, ale z drugiej strony swym wyrokiem właśnie to udaremnił, ponieważ uniemożliwił suwerenowi w państwie, czyli ludowi Republiki Czeskiej, aby wybrał Izbę Poselską, która stanowiłaby oparcie dla mającego należytą legitymację rządu.

Kwestionowana przez większość sędziów konstytucyjnych forma dopuszczenia przedterminowych wyborów – szczególna ustawa konstytucyjna – nie przesądza o ich niekonstytucyjności. Niekonstytucyjne byłyby wybory rozpisane bez podstawy prawnej lub z naruszeniem reguł demokracji. Skrócenie kadencji parlamentu musi być przy tym oceniane zgoła inaczej niż jej przedłużenie<sup>13</sup>, ponieważ w tym pierwszym przypadku decyzję składa się w ręce suwerena – ludu. Notabene nasza Karta podstawowych praw i wolności wprost wyłącza możliwość przedłużenia kadencji<sup>14</sup>, choć i w tym zakresie norma konstytucyjna dopuszcza wyjątki w sytuacji nadzwyczajnej<sup>15</sup>.

8 § 79 ust. 2 ustawy nr 182/1993 Sb. o Sądzie Konstytucyjnym. Konstytucja RCz w art. 88 wyraźnie ustanawia związaną SK tą ustawą.

9 Ministerstwo szacowało, że 67,2 mln koron zapłacono za najem komputerów i inne usługi – dziennik „Právo” z 2 grudnia 2009 r., s. 3.

10 Na przykład według partii socjaldemokratycznej wydała ona na niedoszłe wybory prawie 130 mln koron – „Aktuální.cz” z 26 listopada 2009 r., <http://aktualne.centrum.cz/domaci/politika/clanek.php?id=654150>. Partia ludowa (chadecka) zużyła cały przeznaczony na kampanię wyborczą kredyt w wysokości 25 mln koron – dziennik „Právo” z 30 grudnia 2009 r., s. 2.

11 Por. art. 5 Konstytucji RCz.

12 Część VI/a uzasadnienia komentowanego wyroku.

13 Zwraca na to uwagę sędzia V. Kůrka w akapitach 19–20 swego zdania odrębnego.

14 Art. 21 ust. 2 ustawy konstytucyjnej nr 2/1993 Sb. – Karta podstawowych praw i wolności.

15 Art. 10 ustawy konstytucyjnej nr 110/1998 Sb. o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej, dopuszczający odroczenie wyborów o okres do sześciu miesięcy w razie wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych.



Zakazu skrócenia kadencji Izby Poselskiej czeski porządek konstytucyjny nie zawiera.

### 3. Pojęcie porządku konstytucyjnego

Określa je Konstytucja Republiki Czeskiej w art. 112 w związku z art. 3. Jest ono synonimem konstytucji jako ogółu norm rangi konstytucyjnej. Porządek konstytucyjny jest dynamiczny za sprawą uzupełniających go ustaw konstytucyjnych. Akt tej rangi z natury nie może być niekonstytucyjny ze względu na swą treść; czym innym byłaby jego niekonstytucyjność ze względu na istotną wadę w procedurze ustawodawczej. W razie kolizji treści przepisu ustawy konstytucyjnej z innym przepisem rangi konstytucyjnej zastosowanie ma reguła *lex posterior* lub *lex specialis*. Nie ma przy tym żadnych podstaw do przyjmowania, że akt o nazwie „Konstytucja Republiki Czeskiej”, jako jedna z ustaw konstytucyjnych, uchwalony przez jednoizbową Česką Radę Narodową<sup>16</sup>, ma wyższą moc obowiązującą niż późniejsze ustawy konstytucyjne, uchwalane w dwuizbowym Parlamencie Republiki Czeskiej.

Niektóre konstytucje na świecie zawierają tzw. klauzule wieczyste, wykluczające zmianę niektórych swych materii<sup>17</sup>. Nawet i to ograniczenie jawi się z perspektywy stuleci jako względne. O niezmien-

ności można mówić jedynie tam, gdzie zatrzyma się społeczny rozwój i gdzie współcześni chcą utrwalić na wieczne czasy swoje rozumienie państwa<sup>18</sup>. Wiza ostatecznego zwieńczenia dziejów obecna jest w średniowiecznych chiliastycznych koncepcjach końca świata czy w doktrynie zwycięstwa komunizmu, albo odwrotnie – zwycięstwa kapitalizmu i liberalnej demokracji<sup>19</sup>. Ale końca historii nie będzie dopóty, dopóki żyć będzie ludzkość. Przed wprowadzaniem do przepisów prawnych różnych ideologicznych koncepcji przestrzegał już Friedrich A. von Hayek, odnosząc pejoratywne pojęcie państw „moralnych” do reżimów, które za pomocą prawa próbują narzucić wszystkim swoje poglądy na kwestie moralne. Przeciwnieństwem jest państwo liberalne, którego prawo jest zespołem znanych reguł, pozwalających jednostce przewidywać skutki swobodnego wyboru postępowania<sup>20</sup>.

O tym, co jest częścią porządku konstytucyjnego, decyduje ustawodawca konstytucyjny, którym w Republice Czeskiej jest dwuizbowy Parlament. Decyzję taką podejmuje w prawnie określonym trybie stanowienia ustaw konstytucyjnych, akceptując kwalifikowaną większością głosów projekt aktu wyraźnie nazwanego przez projektodawcę ustawą konstytucyjną. Tryb ten różni się od procedury przyjmowania ustaw zwykłych m.in. tym, że konieczne jest zgodne stanowisko obu izb Parlamentu.

Istota demokratycznego państwa wyklucza czerpanie legitymacji władzy poza nim samym, a więc poza wspólnotą obywateli. Porządku konstytucyjnego nie może więc określać autorytet teokratyczny czy inny autorytet umocowany poza wspólnotą państwową. Nadrzędność porządku konstytucyjnego nad in-

16 Obowiązująca Konstytucja Republiki Czeskiej to nic innego jak ustawa konstytucyjna nr 1/1993 Sb., uchwalona 16 grudnia 1992 r. (dwa tygodnie przed końcem czesko-słowackiej federacji) przez Česką Radę Narodową zgodnie z ustawą konstytucyjną nr 143/1968 Sb. o czechosłowackiej federacji.

17 Do takich klauzul należą: art. 139 Konstytucji Republiki Włoskiej z 1947 r. (niezmiennność republikańskiej formy państwa); art. 79 ust. 3 Ustawy zasadniczej RFN z 1949 r. (niedopuszczalność zmian naruszających federalny charakter państwa, godność człowieka i gwarancje praw podstawowych, podstawy państwa demokratycznego, socjalnego i prawnego, w tym suwerenność ludu i podział władz, lub obywatelskie prawo do oporu); art. 110 ust. 5 Konstytucji Republiki Grecji z 1975 r. (niezmiennność podstaw państwa, jego parlamentarnej formy oraz niektórych podstawowych praw i wolności); art. 288 Konstytucji Republiki Portugalskiej z 1976 r.; art. 193 ust. 4 i art. 194 ust. 2 Konstytucji związkowej Konfederacji Szwajcarskiej z 1999 r. (nienaruszalność bezwzględnie wiążących norm prawa międzynarodowego); art. 148 Konstytucji Republiki Rumunii z 1991 r. (niezmiennność wielu wymienionych w nim zasad konstytucyjnych); art. 9 ust. 2 Konstytucji Republiki Czeskiej, o którym mowa niżej, w punkcie 4.

18 „Nie można naiwnie sądzić, że taka [niezgodna z klauzulą wieczystą] zmiana w rzeczywistości w ogóle nie jest możliwa. Chodzi o co innego: istniejący system powinien wykorzystać wszystkie dostępne środki, aby skutecznie udaremnić taką zmianę” – V. Šimíček, *Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nálež ÚS ve věci M. Melčáka* [w:] Vladimír Klokočka *Liber amicorum*, eds. I. Pospíšil, E. Wagnerová, Praha 2009, s. 223.

19 Por. F. Fukuyama *The End of History And The Last Man*, wyd. polskie: *Koniec historii*, tłum. T. Bieroń, T. Wichrowski, Kraków 2009, *passim*.

20 F.A. von Hayek, *The Way to Serfdom*, wyd. polskie: *Droga do zniewolenia*, tłum. K. Gurba i in., Kraków 1996, s. 83–84.

nymi przepisami prawnymi uzasadniona jest szeroki społeczny konsensus, który w demokracji przedstawicielskiej dochodzi do głosu przede wszystkim w parlamencie. Formalnym wyrazem takiego konsensusu jest dochowanie bardziej rygorystycznych reguł dotyczących trybu stanowienia przepisów konstytucyjnych. Sztywność naszego porządku konstytucyjnego nie jest wprawdzie zbyt wielka w porównaniu z niektórymi systemami konstytucyjnymi, które wymagają np. zatwierdzenia zmian konstytucji w trybie referendum<sup>21</sup>, zgody innych organów<sup>22</sup> albo powołania specjalnego konwentu konstytucyjnego<sup>23</sup>. Zmiany materialnych norm konstytucyjnych nie są jednak pozbawione demokratycznej legitymacji także np. w Zjednoczonym Królestwie, gdzie dokonuje się ich w trybie zwykłego ustawodawstwa i gdzie nie ma sądownictwa konstytucyjnego jako strażnika konstytucyjności.

Nasz Sąd Konstytucyjny dzieli porządek konstytucyjny na materialne jądro konstytucji z jednej strony, któremu przyznaje nadrzędny, czyli w istocie ponadkonstytucyjny charakter, oraz zwykłe prawo konstytucyjne z drugiej strony<sup>24</sup>. Ponieważ nadkonstytucyjność nie wynika z samego porządku konstytucyjnego, który nie zna norm ponadkonstytucyjnych, zachodzi pytanie, kto ją ustanowił: Bóg czy Sąd Konstytucyjny? Z komentowanego wyroku można wnosić, że do materialnego jądra konstytucji należy każda norma, którą tak właśnie kwalifikuje SK. Sąd ten nie jest przy tym związany proceduralnymi regułami, które wymagałyby do uznania ponadkonstytucyjnej rangi określonych norm szerszego konsensusu niż zgoda większości sędziów, jaka jest potrzebna do przegłosowania wyroku o niezgodności ustawy zwykłej z porządkiem konstytucyjnym.

Zdając sobie sprawę z tego, że uchylenie ustawy konstytucyjnej na podstawie normy ponadkonsty-

tucyjnej miałoby posmak lekceważenia demokracji, Sąd Konstytucyjny poniekąd zostawia na boku kwestię zgodności badanego aktu z materialnym jądrem konstytucji i oświadcza, iż akt ów uchyla dlatego, że w istocie nie jest on ustawą konstytucyjną. Według SK jest on „ustawą konstytucyjną jedynie pod względem formy, nie zaś pod względem treści”; pod względem treści jest on „indywidualnym aktem prawnym, dotyczącym nie generalnie określonego kręgu adresatów i sytuacji, lecz konkretnie określonego podmiotu – Izby Poselskiej Parlamentu Republiki Czeskiej wybranej w roku 2006 oraz konkretnej sytuacji – zakończenia kadencji tej izby z dniem wyborów, które mają odbyć się do 15 października 2009 r.”<sup>25</sup> „Nawet ustawodawca konstytucyjny nie może nazwać ustawą konstytucyjną regulacji, która nie ma charakteru ustawy, a tym bardziej ustawy konstytucyjnej”<sup>26</sup>.

W ten sposób nie znika jednak problem niezgodności stanowiska Sądu Konstytucyjnego z ideą demokracji. Rości on sobie bowiem prawo do arbitralnego rozstrzygania, co jest ustawą konstytucyjną, z którą się zgadza i której nie może uchylić, a co mimo nazwy i odpowiedniego trybu uchwalenia ustawą konstytucyjną nie jest. Odmawiając uznania za ustawę konstytucyjną aktu, który został przyjęty przez ustawodawcę konstytucyjnego jako ustawa konstytucyjna, SK w istocie stawia się ponad ustrojodawcą, zajmując pozycję najwyższego organu władzy.

Metoda ta wydaje się obosieczna. Skoro Sąd Konstytucyjny może uznać ustawę konstytucyjną za coś, co w rzeczywistości nią nie jest, to ktoś inny może w podobny sposób potraktować wyrok tego sądu i odmówić jego respektowania, a przy tym twierdzić, że postępuje zgodnie z konstytucją. Kto sam narusza reguły, nie powinien się dziwić, gdy robią to inni.

Powtórzmy: porządek prawny Republiki Czeskiej nie rozróżnia konstytucji i ustawy konstytucyjnej. Akt zatytułowany „Konstytucja Republiki Czeskiej” też jest ustawą konstytucyjną<sup>27</sup>; tak samo było zresztą z Konstytucją Czechosłowackiej Republiki Socjali-

21 Por. § 88 Konstytucji Królestwa Danii z 1953 r.

22 Por. art. V Konstytucji USA z 1787 r. i art. 136 Konstytucji Federacji Rosyjskiej z 1993 r.

23 Por. art. 135 Konstytucji Federacji Rosyjskiej.

24 Wyższą moc prawną materialnego jądra konstytucji uznaje i definiuje V. Šimíček, *Materialní ohnisko...*, jw., s. 224–225 i 227. Por. P. Holländer, *O niezmienności materialnego jądra konstytucji*, tłum. B. Banaszkiewicz, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1, s. 24–45; notabene prof. Pavel Holländer był sędzią sprawozdawcą SK w komentowanej tu sprawie.

25 Część VI/a uzasadnienia komentowanego wyroku, dwunasty akapit.

26 Tamże, ostatni akapit.

27 Por. przypis 16.

stycznej<sup>28</sup> oraz Konstytucją Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej<sup>29</sup>. Inaczej jest w państwach, w których pojęciowo rozróżnia się konstytucję i ustawę konstytucyjną, a przy tym uchwalenie tej pierwszej następuje w bardziej rygorystycznej procedurze niż uchwalenie ustawy konstytucyjnej, choćby miały one taką samą moc prawną. W takim przypadku możliwa jest sądowa kontrola ustawy konstytucyjnej implikującej – bezpośrednio lub pośrednio – zmianę konstytucji, dokonywana z tego punktu widzenia, czy nie chodzi o zmianę, która powinna być przyjęta przy zastosowaniu bardziej rygorystycznej procedury zmiany konstytucji.

Dobrym przykładem jest Austria, gdzie podstawowy akt porządku konstytucyjnego – Federalna ustawa konstytucyjna<sup>30</sup> – rozróżnia kilka rodzajów ustaw konstytucyjnych. Do uchwalenia ustawy konstytucyjnej wymagana jest tam z reguły kwalifikowana większość w Radzie Narodowej (pierwszej izbie parlamentu). W przypadku ustawy konstytucyjnej ograniczającej kompetencje krajów związkowych wymagana jest także zgoda Rady Federalnej. W procedurze nowelizacji konstytucji przewidywane jest przeprowadzenie referendum: fakultatywnie – gdy żąda tego co najmniej jedna trzecia członków którejś z izb parlamentu albo gdy chodzi o całościową zmianę konstytucji federalnej (*Gesamtänderung der Bundesverfassung*)<sup>31</sup>. W tym systemie austriacki Trybunał Konstytucyjny bada, czy określona ustawa konstytucyjna została przyjęta w należyтым trybie. Notabene w jednym takim przypadku, na który powołuje się nasz Sąd Konstytucyjny w uzasadnieniu komentowanego wyroku, austriacki TK uchylił ustawę konstytucyjną z tego powodu, że została uchwalona w procedurze przewidzianej dla „zwykłej” ustawy konstytucyjnej (*einfaches Verfassungsgesetz*), mimo że w istocie zawieszła pewną istotną zasadę konstytucyjną i dlatego powinna być traktowana na równi z całościową zmianą konstytucji federalnej<sup>32</sup>. Nie trzeba przekonywać, że powołanie się przez nasz SK na ów austriacki kazus jako argument za omawianym wyrokiem nie jest zasadne.

tucyjną i dlatego powinna być traktowana na równi z całościową zmianą konstytucji federalnej<sup>32</sup>. Nie trzeba przekonywać, że powołanie się przez nasz SK na ów austriacki kazus jako argument za omawianym wyrokiem nie jest zasadne.

#### 4. „Istotne wymagania demokratycznego państwa prawnego”

Konstytucja Republiki Czeskiej w art. 9 ust. 2 stanowi, że nie wolno zmieniać „istotnych wymagań demokratycznego państwa prawnego”. Do klauzuli tej Sąd Konstytucyjny odwołuje się w uzasadnieniu komentowanego wyroku, zaliczając do owych wymagań także podstawowe zasady prawa wyborczego. Nie ulega wątpliwości, że zmiana prawa wyborczego wprowadzająca np. różnicowanie podmiotów ze względu na rasę czy wyznanie byłaby niedopuszczalna z punktu widzenia naszej konstytucji. Ale czy to samo można powiedzieć o przedterminowych wyborach?

Już raz, w roku 1998, sięgnięto w Republice Czeskiej po ustawę konstytucyjną *ad hoc*<sup>33</sup> w celu umożliwienia przedterminowych wyborów parlamentarnych jako środka przewyciężenia politycznego kryzysu. Wcześniej zaś, w roku 1990, skrócono ustawą konstytucyjną *ad hoc* kadencję Czeskiej Rady Narodowej<sup>34</sup>. Podobne rozwiązania przyjęto kilka razy w czasach komunistycznych<sup>35</sup>. Mamy więc do czynienia z powtarzaniem rozwiązaniem konstytucyjnym, praktykowanym także już po upadku komunizmu, tworzącym zwyczaj konstytucyjny. Sąd Konstytucyjny uznawał zwyczaj za źródło prawa,

28 Nr 100/1960 Sb. Została ona uzupełniona ustawą konstytucyjną nr 143/1968 Sb. o czechosłowackiej federacji.

29 Chodzi o konstytucję z 1960 r. (jw.) po zmianach dokonanych, po „aksamitnej rewolucji”, ustawami konstytucyjnymi nr 81/1990 Sb. i 101/1990 Sb.

30 *Bundes-Verfassungsgesetz*, w brzmieniu z 1929 r.

31 Art. 44. Por. P. Kandalec, *Materiální jádro ústavy v judikatuře rakouského Ústavního soudu*, [http://www.law.muni.cz/edicni/dny\\_prava\\_2009/files/prispevky/mezin\\_smlouvy/Kandalec\\_Pavel%20\\_\\_1350\\_.pdf](http://www.law.muni.cz/edicni/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_smlouvy/Kandalec_Pavel%20__1350_.pdf).

32 Orzeczenie austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2001 r., sygn. G 12/00 17 i in. (dostępne w oryginale w zbiorze „Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes” 2001, poz. 16.327 oraz na stronie [http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/2/6/8/CH0006/CMS1108400609154/g12\\_17.00.pdf](http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/2/6/8/CH0006/CMS1108400609154/g12_17.00.pdf)). Na orzeczenie to powołuje się SK w uzasadnieniu komentowanego wyroku (część IV, dziesiąty akapit), z błędem co do miesiąca w dacie.

33 Ustawa konstytucyjna nr 69/1998 Sb. o skróceniu kadencji Izby Poselskiej.

34 Ustawa konstytucyjna nr 64/1990 Sb. o kadencji Czeskiej Rady Narodowej.

35 Ustawy konstytucyjne nr 35/1960 Sb., 75/1963 Sb., 112/1967 Sb. i 83/1968 Sb.

także prawa konstytucyjnego<sup>36</sup>. Do zwyczaju odwołał się, gdy musiał rozważyć, czy powołanie szefa banku centralnego przez Prezydenta Republiki Czeskiej wymaga kontrasygnaty premiera. Doszedł wówczas do wniosku, że nie wymaga, wskazując na wcześniejszą praktykę powoływania szefów banku centralnego bez kontrasygnaty, co nie wywoływało żadnych zastrzeżeń. Znamienne, że zanim prezydent Václav Klaus dokonał nominacji na tę funkcję w roku 2000, co zaskarżył ówczesny premier Miloš Zeman przed SK z powodu braku kontrasygnaty, wcześniej do podobnych nominacji doszło zaledwie dwukrotnie – w styczniu 1993 r. i w lipcu 1998 r., przy czym tylko drugiej z nich dokonał prezydent (za pierwszym razem uczynił to przewodniczący Izby Poselskiej, ponieważ urząd głowy państwa nie był jeszcze obsadzony)<sup>37</sup>.

– wtedy przez nikogo niezaskarżone – rozwiązanie, naruszono u nas istotne wymagania demokratycznego państwa prawnego. Gdybyśmy zapytali przeciętnego obywatela, nieznającego niuansów prawa ani orzecznictwa konstytucyjnego, jak sobie wyobraża naruszenie tych wymagań, którego naprawienie usprawiedliwiałoby nierespektowanie woli konstytucyjnej większości parlamentu, to zapewne mówiłby o skrajnych sytuacjach kryzysowych, na krawędzi wojny domowej. Nawet przy najbujniejszej wyobraźni nie przyszłoby mu chyba do głowy, że taką sytuację tworzy podjęta kwalifikowaną większością głosów decyzja parlamentu o przedterminowych wyborach. Na przykład ta, którą nasz parlament podjął w 1998 r. i w której następstwie wyłonił się demokratycznie legitymowaną Izbę Poselską oraz doszło do wymiany konserwatywno-liberalnego

## Konstytucja Republiki Czeskiej stanowi, że nie wolno zmieniać „istotnych wymagań demokratycznego państwa prawnego”.

Skoro SK nie dopuszcza możliwości skrócenia kadencji Izby Poselskiej mimo istnienia takiego zwyczaju konstytucyjnego, to *implicite* stwierdza, że również w roku 1998, kiedy zastosowano podobne

urzędu V. Klause na socjaldemokratyczny rząd M. Zemana, który przetrwał całą kadencję. Według logiki SK – ale też tylko jego logiki – ucierpiały na tym istotne wymagania demokratycznego państwa prawnego. Dla innych przedterminowe wybory w roku 1998 nie oznaczały naruszenia idei państwa prawnego ani demokracji, lecz stanowiły potwierdzenie ich żywotności, pokazując, że wyborcy mogą demokratycznie zakończyć kryzys rządowy.

W powstałym wówczas rządzie Zemana wicepremierem odpowiedzialnym za sprawy legislacyjne został Pavel Rychetský, który obecnie jest prezesem SK. Powinien on dziś posypać głowę popiołem, gdyż według jego rozumowania objął wtedy stanowisko w rządzie na gruzach demokratycznego państwa prawnego. Gorzej: wcześniej, jako senator, w debacie nad ustawą konstytucyjną skracającą kadencję Izby Poselskiej polemizował z tymi, którzy zgłaszali wobec jej projektu zastrzeżenia natury konstytucyj-

<sup>36</sup> Tak w wyrokach o sygnaturach: Pl. ÚS 33/97 (30/1998 Sb.) i Pl. ÚS 14/01 (285/2001 Sb.). W uzasadnieniu drugiego z powołanych wyroków czytamy, że „konstytucyjne zwyczaje mają w państwie prawnym wielkie znaczenie właśnie przez to, że zapewniają funkcjonalność konstytucji wobec jej szeroko rozumianego kontekstu i wypełniają przestrzeń między zwięzłą literą konstytucyjnych zasad i instytucji a zmiennością konstytucyjnie doniosłych stanów faktycznych. Trudno sobie wyobrazić, aby w demokratycznym państwie prawnym interpretacja konstytucji i odpowiadające jej zwyczaje konstytucyjne, a wraz z nimi cała dotychczasowa praktyka łącznie z wieloma rozstrzygnięciami, które były respektowane i niezaskarżane przez dłuższy czas od wejścia w życie konstytucji, mogły być podawane w wątpliwość poprzez dezinterpretację norm konstytucyjnych służącą doraźnym celom” (tamże, s. 6560).

<sup>37</sup> Václav Havel objął urząd Prezydenta Republiki Czeskiej dopiero 2 lutego 1993 r.

nej<sup>38</sup>. Dodajmy, że w piśmiennictwie prawniczym obiekcje wobec takiego rozwiązania były wówczas odosobnione<sup>39</sup>.

Tymczasem Sąd Konstytucyjny pod przewodnictwem P. Rychetský'ego uważa doraźne zmiany konstytucji za niedopuszczalne. Według niego każda ustawa, także konstytucyjna, musi mieć charakter generalny i nie może mieć na celu rozstrzygnięcia konkretnego przypadku<sup>40</sup>. Moim zdaniem, doraźne zmiany konstytucji nie są najrzeczniejszym rozwiązaniem, ale same w sobie nie są niekonstytucyjne. Nie sposób całkowicie wyeliminować z porządku prawnego aktów prawodawczych o doraźnych skutkach prawnych. Jeden z sędziów SK w swym zdaniu odrębnym trafnie podaje przykład ustaw budżetowych oraz ustaw o restytucji konkretnych majątków<sup>41</sup>. Można też wskazać przykład ustaw o uznaniu zasług indywidualnie określonych osób, które są w istocie odznaczeniami państwowymi przyznawanymi przez władzę ustawodawczą<sup>42</sup>. Wkrótce po wojnie ustawa konstytucyjna

*ad hoc* powołała do życia jednoizbową konstytuante – Zgromadzenie Narodowe<sup>43</sup>, nie zmieniając wprost normy konstytucyjnej, według której parlament był dwuizbowy; w praktyce miała zastosowanie reguła *lex specialis*. Przyjęta po „aksamitnej rewolucji” ustawę konstytucyjną skracającą kadencję Czeskiej Rady Narodowej wybranej w roku 1990<sup>44</sup> Sąd Konstytucyjny uznaje za zgodną z konstytucją<sup>45</sup>, mimo że i wtedy chodziło o doraźną zmianę konstytucji.

Prawo sądu do unieważniania ustaw konstytucyjnych bywa uzasadniane tym, że parlament może nadużyć swoich kompetencji. W omawianej tu sprawie Sąd Konstytucyjny, nawiązując do przebiegu debaty parlamentarnej, wskazuje na możliwość złych intencji parlamentu w przyszłości: jeśli dziś może on skrócić kadencję Izby Poselskiej, to kto wie, czy jutro nie zechce zawiesić działalności SK albo Prezydenta Republiki<sup>46</sup>. Ale czyż nie musimy się obawiać także złych intencji sędziów? Dłaczegoż SK nie miałyby w przyszłości uchylić konstytucyjnego przepisu określającego długość kadencji sędziów wchodzących w skład tego gremium i ogłosić, że sprawują oni swój urząd dożywotnio? Z pewnością można znaleźć argumenty za tym, aby wszyscy sędziowie byli powoływani na czas nieokreślony. Albo kto zagwarantuje, że w przyszłości Sąd ten wręcz nie zechce uchylić *en bloc* przepisów Konstytucji Republiki Czeskiej i nie uzna, że w kwestiach dotyczących tego, co mają czynić, a czego nie mogą czynić organy kierujące państwem, istotę konstytucji lepiej niż jej litera wyraża wewnętrzne przekonanie sędziów konstytucyjnych?

Nie można hipotetycznie zakładać, że Sąd Konstytucyjny zwariuje i stanie się tyranem? Czemu więc dopuszcza on takie założenie w stosunku do parlamentu?! Przecież w demokratycznym państwie nie do pomyślenia jest, aby posłowie uchwalili dziedziczość swych mandatów, tak samo jak to, że sędziowie

38 Wystąpienie Pavla Rychetský'ego w Senacie 19 marca 1998 r., w debacie nad projektem ustawy o skróceniu kadencji Izby Poselskiej (<http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasovani?action=steno&O=1&IS=2395&T=98021#st98021>). Po jedenastu latach, jako prezes SK, Rychetský brał udział w wydaniu komentowanego wyroku i publicznie dawał do zrozumienia, że się z nim utożsamia. We wrześniu 2009 r., pytany o poparcie podobnej ustawy konstytucyjnej w 1998 r., gdy był senatorem, tłumaczył, że opowiadał się za tamtą ustawą konstytucyjną z zastrzeżeniem, iż nie może ona być precedensem na przyszłość.

39 Sygnalizował je J. Filip, *Zkrácení volebního období*, „Parlamentní zpravodaj” 1997–1998, nr 12, s. 132–134. Na jego opinię oraz na krytyczne wypowiedzi w debacie parlamentarnej powołuje się w swoich publikacjach P. Holländer, m.in. w artykule *O nezmenitosti...*, dz. cyt., s. 24–27.

40 Część VI/a uzasadnienia komentowanego wyroku.

41 Akapit 11 zdania odrębnego sędziego V. Kůrki. Przykładem ustawy restytucyjnej o doraźnym skutku jest ustawa nr 298/1990 Sb. o uregulowaniu niektórych stosunków majątkowych zakonów i kongregacji zakonnych oraz archidiecezji olomunskiej.

42 Uznanie zasług indywidualnie określonych osób, ewentualnie także określenie sposobu ich upamiętnienia, jest treścią ustaw czechosłowackich, czeskich lub słowackich dotyczących polityków: T. G. Masaryka (nr 22/1930 Sb. i 232/1935 Sb.), A. Rašína i M. R. Štefánika (35/1933 Sb.), ostatnio wymienionego (117/1990 Sb. i 402/2002 Z.z.), E. Beneša (292/204 Sb.), A. Hlinky (531/207 Z.z.) oraz A. Dubčeka (432/2008 Z.z.).

43 Nr 65/1946 Sb.

44 Zob. przypis 34.

45 Tak w części VI/b uzasadnienia komentowanego wyroku. SK argumentuje, że w tamtym przypadku, w odróżnieniu od tych z roku 1998 i 2009, ustawa konstytucyjna jednorazowo skracająca kadencję weszła w życie przed wyborami i ukonstytuowaniem się izby, a więc nie miała mocy wstecznej.

46 Część VI/a uzasadnienia komentowanego wyroku.

konstytucyjni uchylą część przepisów konstytucji, żeby zapewnić sobie dożywotnie sprawowanie urzędu. Fundamentem prawa jest rozsądek. Wymagając rozsądku od innych organów państwa<sup>47</sup>, SK powinien wymagać go także od siebie.

### 5. Konstytucyjne pojęcie ustawy

Uzasadniając swoją kompetencję do uchylania ustaw konstytucyjnych, SK stwierdza, że ustawa konstytucyjna to rodzaj ustawy. W takim więc zakresie, w jakim konstytucja wyraźnie pozwala mu badać konstytucyjność ustaw, uznaje on swoją kompetencję do uchylania także ustaw konstytucyjnych. Z rozumowaniem tym trudno się zgodzić.

że w tych okolicznościach mogły one stać się jedynie narzędziem polityki<sup>49</sup>.

### 6. Ochrona słusznie nabytych ekspektatyw

Sąd Konstytucyjny stwierdza, że swoim wyrokiem w żaden sposób nie ograniczył korzystania przez obywateli z ich praw wyborczych<sup>50</sup>. Jest to doprawdy śmiała teza. Do głównych zadań SK należy ochrona konstytucyjnych praw podmiotowych. Skoro ma je chronić, to nie może ich ograniczać. W innych jego orzeczeniach można spotkać oczywistą tezę, że nie może on ingerować w konstytucyjne prawa obywateli. Po co więc składa w uzasadnieniu komentowanego wyroku wspomnianą deklarację? Narzuca

## Wymagając rozsądku od innych organów państwa, Sąd Konstytucyjny powinien wymagać go także od siebie.

Można stosować w drodze analogii przepisy konstytucji dotyczące ustaw zwykłych do ustaw konstytucyjnych, gdy jest to uzasadnione, na przykład w kwestii trybu ich stanowienia<sup>48</sup>. Rozumowanie w drodze analogii nie może natomiast prowadzić do uznania nowej kompetencji konstytucyjnego organu państwa. Organowi państwowemu można przyznać kompetencje jedynie wyraźnym przepisem rangi konstytucyjnej lub ustawowej.

Warto wspomnieć o sformułowanej przez Hayeka przestroze przed arbitralnością władz publicznych, jeśli nie są one związane pewnymi regułami: „Oznacza to konieczność pozostawienia rozstrzygnięcia konkretnego przypadku swobodnej decyzji sędziego czy odpowiednich władz. Można by napisać historię upadku rządów prawa, zaniku *Rechtsstaat*, jako historii stopniowego wprowadzania (...) niejasnych formuł do prawodawstwa i wymiaru sprawiedliwości, a co za tym idzie – braku szacunku dla nich, jako

się tu takie oto wyjaśnienie: SK zdawał sobie sprawę z tego, że jego decyzja będzie stanowić ingerencję w prawa wyborcze obywateli, uznał więc za potrzebne werbalne zapewnienie, iż jest inaczej.

Ustawa konstytucyjna o skróceniu kadencji Izby Poselskiej ustanowiła normę prawną przesądzającą o wyborach do izby w roku 2009. Na jej podstawie Prezydent Republiki zarządził wybory, co tworzyło przesłanki powstania podmiotowego prawa każdego obywatela wyborcy do udziału w głosowaniu w październiku 2009 r. Innymi słowy, za sprawą ogłoszenia ustawy konstytucyjnej i postanowienia prezydenta w urzędowym organie publikacyjnym wyborcy mieli prawo oczekiwać, że w wyznaczonym terminie wybiorą swoich posłów.

W swych wcześniejszych orzeczeniach Sąd Konstytucyjny udzielał ochrony słusznie nabytym ekspektatywom. Uznawał, że nie wolno pozbawiać kogoś jego ukształtowanego prawa do realizacji pewnego prawa

<sup>47</sup> Słusznie SK wymaga, aby przepisy prawa były rozsądne, tzn. nie były ewidentnie absurdalne; tak np. w wyroku o sygnaturze Pl. ÚS 57/05 (486/2006 Sb.).

<sup>48</sup> Art. 39 ust. 4, art. 44–48 i art. 62 lit. i Konstytucji RCz.

<sup>49</sup> F. A. von Hayek, dz. cyt., s. 85.

<sup>50</sup> Część VIII (zatytułowana *Obiter dictum*) uzasadnienia komentowanego wyroku.



w przyszłości. Z tych racji na przykład unieważnił<sup>51</sup> część ustawy uchylającej przepisy o przekształceniu prawa trwałego użytkowania składników mienia państwowego<sup>52</sup> w prawo własności<sup>53</sup>. Sąd stwierdził niekonstytucyjność ustawy przekształniającej oparte na ustawie oczekiwanie przekształcenia prawa trwałego użytkowania gruntu w prawo własności, zanim do takiego przekształcenia doszło. I choć jasne jest, że ekspektatywa w dziedzinie stosunków własnościowych może wymagać innej ochrony niż ekspektatywa w prawie publicznym, to jednak i tu należy przynajmniej rozważyć, jak można skutecznie chronić daną ekspektatywę<sup>54</sup>. W końcu podmiotowe prawo wyborcze, tak jak prawo do własności, należy do kategorii praw człowieka i podstawowych wolności w rozumieniu czeskiej Karty podstawowych praw i wolności<sup>55</sup>.

Jak widać, Sądowi Konstytucyjnemu do uznania ekspektatywy raz wystarczy istnienie ustawy zwykłej, jeśli określa ona termin nabycia ostatecznego prawa, a innym razem nie wystarczy postanowienie głowy państwa o zarządzeniu wyborów na podstawie obowiązującej ustawy konstytucyjnej<sup>56</sup>. Na taką dowolność w traktowaniu instytucji prawnych, w tym wypadku ochrony słusznie nabytych ekspektatyw, SK nie pozwoliłby żadnemu innemu organowi.

\*\*\*

W konkluzji należy stwierdzić, że uchylenie ustawy konstytucyjnej przyjętej w należyтым trybie, w szczególności wymaganą kwalifikowaną większością głosów, stoi w sprzeczności z prawnym związaniem naszego Sądu Konstytucyjnego ustawami konstytucyjnymi. Jego sędziowie ulegli aktywistycznej pokusie, by zająć ważne miejsce w historii prawa. Unieważnienie ustawy konstytucyjnej byłoby dopuszczalne jedynie wtedy, gdyby stwierdzono wady w procedurze jej przyjęcia. Sąd nie miał prawa uchylić ustawy konstytucyjnej z tego powodu, że jej treść otwierała drogę do przedterminowych wyborów<sup>57</sup>, które w pełni odpowiadałyby zasadom równości, powszechności, tajności i swobodnej rywalizacji partii politycznych.

Gdyby ustrojodawca chciał dopuścić uchylenie ustaw konstytucyjnych z powodu ich treści, musiałby to wyraźnie uregulować w konstytucji. Regulacja ta musiałaby przewidywać, stosownie do wymagania kwalifikowanej większości głosów obowiązującego przy uchwalaniu ustawy konstytucyjnej, analogiczne wymaganie przy podejmowaniu przez sędziów decyzji o unieważnieniu takiego aktu.

Komentowany wyrok został wydany poza konstytucyjnie określonym zakresem działania i kompetencji SK. Jest nieważnym aktem prawnym. Swą faktyczną skuteczność zawdzięcza temu, że inne organy konstytucyjne się mu podporządkowały i nie proklamowały jego nieważności.

51 Wyrokiem o sygnaturze Pl. ÚS 2/02 (278/2004 Sb.).

52 Prawo ustanawiane dawniej m.in. na rzecz spółdzielni mieszkaniowych.

53 Chodzi o zmiany § 879c–879e kodeksu cywilnego z 1964 r., w brzmieniu ustawy nr 103/2000 Sb, dokonane ustawą nowelizującą nr 229/2001 Sb.

54 Nasz Najwyższy Sąd Administracyjny uznał, że podlega ochronie słusznie nabyta ekspektatywa osoby oczekującej na nominację sędziowską; zob. wyroki o sygnaturach: 4Aps 3/2005 („Sbírka rozhodnutí Nejvyššího správního soudu“ 2006, poz. 905) i 4Ans 9/2007 197 (zbiór jw. 2008, poz. 1717).

55 Prawo do własności jest zagwarantowane w art. 11 Karty, a prawo wyborcze – w jej art. 21.

56 Por. przypisy 2 i 3.

57 Nawet autorzy, którzy co do zasady dopuszczają uchylenie ustawy konstytucyjnej przez SK z powodu naruszenia niezmiennego materialnego jądra konstytucji, uznają za nieuzasadnione uchylenie ustawy konstytucyjnej komentowanym tu wyrokiem; tak np. V. Šimíček, *Materiální ohnisko...*, jw. s. 227, 230 i 234.

Bolesław Banaszkiewicz

# Demokracja pod specjalnym nadzorem

Uwagi o sędziowskim aktywizmie i granicach zmian konstytucji



**Bolesław  
Banaszkiewicz**

*Dr nauk prawnych; w latach 2002–2006 dyrektor Zespołu Orzecznictwa i Studiów w Biurze Trybunału Konstytucyjnego, w latach 2006–2007 wiceprzewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów i redaktor naczelny kwartalnika „Przegląd Legislacyjny”.*

## ***Closely Watched Democracy: Some Remarks on Judicial Activism and Limits of Constitution Revisions***

*Referring to the decision of the Constitutional Court of the Czech Republic described in the same issue by Zdeněk Koudelka the author considers the decision a model example of judicial activism (JA). Mainly in the context of Polish experiences, he analyses the specific syndrome of political JA.*

*The area in which JA can manifest itself with all its might is the constitutional jurisdiction with its role of the controller of law constitutionality. However, it is also visible for instance in these decisions of the European Court of Human Rights from which parliaments and governments of the European democratic countries learned with disbelief that the negotiated, signed and ratified Convention results in a ban on practices which at the moment of concluding the Convention were in these countries regarded as normal and obvious.*

*Political JA should not be regarded as an absolute evil. Exceptionally, it can be justified, e.g. if it is to save human beings (preventing from the abortion legalization) or to protect the democracy from its eliminating on a legal way or to protect from other form of an evident “tyranny of the majority”. However, the opportunities to act like this are extremely rare in the democratic system, and the cases of „an everyday” political JA are much less convincing although their official and unofficial justification tends to indicate the threats which the disputable decision would eliminate. Hans Kelsen, the author of a Central European model of the constitutional jurisdiction, has warned against certain forms of political JA. The author also wonders whether the Polish Constitution would allow for any arbitrary amendments to its wording, or whether the Constitutional Tribunal could invalidate some amendments although the required procedure of their introduction was kept if they infringe “the unchangeable material core of the constitution”. Regardless of lack of the explicit indications in the text of the Polish Constitution, the idea of a limited competence of the constitutional lawmaker has a reasonable justification and deserves a comprehensive discussion.*

Dyskusja o tym, jak dalece sędziowska wykładnia ogólnych klauzul konstytucji może unieważniać wolę powszechną wyrażaną przez demokratycznie wybranych przedstawicieli ludu, ewentualnie przez sam lud w referendum, od czasu do czasu ożywa w państwach, w których istnieje sąd posiadający kompetencję do uchylania przepisów prawa. Ale chyba jeszcze nigdzie trybunałowi nie udało się zwrócić uwagi na ten problem w sposób tak spektakularny, jak to we wrześniu 2009 r. zdarzyło się u naszych południowych sąsiadów. Wydany w toku kampanii wyborczej, w superekspresowym tempie, werdykt czeskiego trybunału, o którym pisze w tym numerze Zdeněk Koudelka, wstrząsnął republiką, odsuwając na dalszy plan wszystkie inne sprawy. Przez kilkana-

Czeski kazus jest z kilku powodów przypadkiem sędziowskiego aktywizmu skrajnym, a przez to poniekąd modelowym. Trybunał zakwestionował konsensus wypracowany z udziałem reprezentowanych w parlamencie sił politycznych i głowy państwa. Uchylił przyjęty kwalifikowaną większością głosów akt rangi konstytucyjnej ze względu na jego treść. Swoim werdyktem przekreślającym rozpisane już przedterminowe wybory parlamentarne skorygował plan funkcjonowania państwa ustalony przez powołane do tego organy i wpłynął na wynik wyborów parlamentarnych. Oznajmił wyborcom, że w wyznaczonym wcześniej terminie głosowania lokale wyborcze będą zamknięte, a zarejestrowanym kandydatom na posłów – że ich kandydatury są nieaktualne. Za-

## Czeski kazus jest z kilku powodów przypadkiem sędziowskiego aktywizmu skrajnym, a przez to poniekąd modelowym.

ście dni nazwa trybunału była na wszystkie sposoby odmieniana przez polityków, dziennikarzy, politologów, prawników. „Bomba atomowa wrzucona przez sędziów do polityki”, „akt pogardy wobec demokracji”, „konstytucyjny pucz” – takie opinie można było usłyszeć z ust polityków i publicystów. Eksperci prawa konstytucyjnego, jak to często bywa, podzielili się na kilka obozów. Prezydent Klaus, od dawna znany jako krytyk sędziowskiego aktywizmu, i tym razem nie szczędził cierpkich uwag, by po roku wręcz stwierdzić przed nowo wybraną Izbę Poselską, że kontynuowanie dotychczasowej roli Sądu Konstytucyjnego grozi „erozją demokracji”, i wezwał do „zredefiniowania” jego statusu<sup>1</sup>.

kwestionował wykładnię konstytucji mającą oparcie w dotychczasowej praktyce ustrojowej, a swoją interpretację oparł na koncepcji teoretycznej, która nie była przedmiotem prawniczej *communis opinio*. Do uchylenia ustawy konstytucyjnej doszło trybie, który może nasuwać wątpliwości z dogmatycznego punktu widzenia. Rozstrzygnięcie nie zapadło jednomyślnie, a jego trafność jest kwestionowana w zdaniach odrębnych.

W orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego nie znajdziemy na razie tak ostrych przypadków aktywizmu, ale przypadków łagodniejszych było już sporo. Po okresie aprobaty dla pionierskiej

przez nikogo niekontrolowana – izba parlamentu”. Za drugie zagrożenie demokracji czeski prezydent uważa redukowanie władzy narodowego parlamentu do roli „pasa transmisyjnego” w procesie wdrażania norm Unii Europejskiej, za czym często kryją się „usiłowania niektórych naszych polityków, aby do czeskiego porządku prawnego wprowadzić elementy, które w normalnej procedurze parlamentarnej nie miałyby szansy przyjęcia”. Pełny tekst w oryginale: <http://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/soucasny-prezident-cr-vaclav-klaus/vybrane-projevy-a-rozhovory/163.shtml> (wszystkie odesłania do stron internetowych według dostępu z 20 września 2010).

<sup>1</sup> W orędziu wygłoszonym w Izbie Polskiej 7 września 2010 r. Václav Klaus mówił także: „Demokracja będzie niszczona, jeśli będzie trwał trend, który w ostatnich latach obserwujemy w naszym kraju i w całej Europie: że różne gremia sądowe uzurpują sobie większą część władzy, niż im przysługuje”. Postulowane przez niego „zredefiniowanie” statusu SK ma położyć kres sytuacji, że organ ten funkcjonuje jako „swego rodzaju trzecia – i często decydująca, ponieważ już

roli TK w ugruntowywaniu w porządku prawnym RP standardów wywodzonych z idei rządów prawa, ograniczających polityczną swobodę prawodawcy i zapewniających swego rodzaju autonomiczność prawa wobec polityki, coraz wyraźniej dostrzega się napięcie między zbyt kreatywną sędziowską wykładnią konstytucji dokonywaną w niektórych sprawach a ideą demokracji (rządów ludu) i zasadą podziału władz<sup>2</sup>. W tym kontekście pada czasem właśnie hasło „aktywizm sędziowski”<sup>3</sup> (dalej: a.s.).

Przy braku lepszej, rodzimej nazwy dla syndromu, o którym mowa, powyższe określenie, za pożyczone z doktryny i publicystyki anglosaskiej (*judicial activism*), wydaje się pożyteczne, ale pod warunkiem, że nie będziemy zbyt ulegać

Syndromu a.s. nie kojarzyłbym z przesadną aktywnością *tout court* i nie przeciwstawiałbym mu pojęcia pasywizmu, które użytkownikowi polszczyzny może kojarzyć się raczej z naganną beczynnością czy indolencją sądu. W kręgu anglosaskim za pojęciowe przeciwieństwo a.s. uważa się sędziowską powściągliwość (*judicial restraint*), która bywa uważana za cnotę i jest zgoła czym innym niż biernością czy opieszałością. Syndrom a.s. należy upatrywać nie tyle w jakiejś nadmiernej aktywności sędziego, ile w wykraczaniu przezeń poza ten obszar jego władzy, który jest akceptowany jako oczywisty, i wchodzeniu na teren, który bywa uznawany już za domenę zastrzeżoną dla demokratycznie legitymowanej władzy ustawodawczej, w celu przeforsowania politycznych<sup>4</sup>

## W polskim piśmiennictwie często używa się, z lekka kulejącej, metafory sądu konstytucyjnego jako trzeciej izby parlamentu.

polskim konotacjom rzeczownika „aktywizm” i postaramy się uchwycić specyficzny syndrom, nie zaś poszczególne symptomy. Te mogą bowiem składać się na obraz bardzo różnych zjawisk, tak jak gorączka może towarzyszyć wielu różnym chorobom, jak i procesom ozdrowieńczym.

2 W polskim piśmiennictwie często używa się, z lekka kulejącej, metafory sądu konstytucyjnego jako trzeciej izby parlamentu. Metafora ta od wielu lat krąży po Europie, o czym świadczy nie tylko przytoczona wyżej niedawna wypowiedź prezydenta Klausa, lecz także np. artykuł o politycznej roli francuskiej Rady Konstytucyjnej: A. Stone, *Where judicial politics are legislative politics: the French Constitutional Council*, „West European Politics” 1992, vol. 15, issue 3. Ciekawe byłoby ustalenie, kto jest jej autorem. To samo dotyczy bon motu o przekształcaniu państwa prawa w państwo prawników.

3 Polskiego czytelnika zainteresowanego filozoficzną i prawnoteoretyczną analizą problemu można odesłać przede wszystkim do kilku niedawno opublikowanych prac: A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008; L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4; W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, tamże.

preferencji, które pod takim czy innym względem są przeciwne do preferencji aktualnie wyrażanych przez lud czy przez jego demokratycznie wybranych przedstawicieli. Renomowany amerykański leksykon prawniczy tak oto definiuje a.s.: „a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions”, i zaznacza: „adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent”<sup>5</sup>. Podobnie autor znany z krytyki a.s. uprawianej z pozycji liberalnych wyodrębnia zjawisko „zastępowania poglądów większości parlamentarnej tym, co większość składu sądu konstytucyjnego uznaje za właściwą artikulację znaczenia prawa konstytucyjnego”.

4 Używam tu przymiotnika „polityczny” w znaczeniu ‘dotyczący spraw państwa, dobra wspólnego, ważnych spraw publicznych, interesów ogółu obywateli lub ich znaczących grup’, niekoniecznie więc w znaczeniu ‘związany ze zdobywaniem i sprawowaniem władzy publicznej’.

5 *Black’s Law Dictionary*, seventh ed., ed. in chief B. A. Garner, St. Paul, Minn. 1999, s. 850.

gdy „argumentacyjne możliwości” sądu pozwalają mu zarówno unieważnić, jak i utrzymać w mocy badany przepis<sup>6</sup>. Przytoczone ujęcia wydają się bliskie intuicji, że chodzi o korygowanie przez sędziów stanu w państwie wbrew stanowisku demokratycznego prawodawcy w sytuacji, gdy racje jurystyczne przemawiające za taką korektą nie są „twarde” i oczywiste, gdy prawniczemu rozumowaniu sędziego można przeciwstawić prawnicze rozumowanie prowadzące do przeciwnego rozstrzygnięcia.

Tak rozumiany a.s. należy odróżnić od przeciwnie skrajności, jaką jest swego rodzaju politycznie uwikłana hiperpowściągliwość – usprawiedliwianie przez sąd decyzji prawodawczych mimo dobrze uzasadnionych zarzutów ich niekonstytucyjności albo

niedoskonałych przepisów do potrzeb życia, uwspółcześnienie interpretacji ustaw pochodzących z innej epoki wobec zmienionych stosunków społecznych itp. Zabiegi takie mogą być – zależnie od specyfiki przypadku i punktu widzenia – aprobowane albo kwestionowane, ale dopóki można z nimi wiązać rodzaj domniemania, że gdyby demokratyczny prawodawca miał sam rozstrzygnąć dany problem, rozstrzygnąłby go tak, jak orzekł sąd, dopóty nie można mówić o politycznym aktywizmie sędziego. Nie widzę np. uzasadnienia, aby syndromu a.s. dopatrywać się w pożytecznej roli polskiego TK zwłaszcza w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych, gdy precyzował i uszczegóławiał rozumienie zasad państwa prawnego i równości. Uznając pewną autonomiczność prawa wobec



## Aktywizm jest w swej istocie czym innym niż niektóre znane postacie kreatywnego podejścia w sędziowskiej wykładni prawa.

umywanie rąk za pomocą dyskusyjnych prawniczo wybiegów natury formalnej. Oczywiście należy go też odróżnić od prowadzącej do tzw. szkolnych błędów w stosowaniu prawa nonszalancji wobec wymagań dogmatyki. Jest też w swej istocie czym innym niż niektóre znane postacie kreatywnego podejścia w sędziowskiej wykładni prawa. Mam tu na myśli przede wszystkim świadome i ambitne korzystanie przez sędziego, zgodnie z przyjmowanymi przezeń założeniami racjonalności i sprawiedliwości, z luzów interpretacyjnych i decyzyjnych pozostawionych mu przez prawodawcę. Mam też na myśli aktywność, którą w polskim piśmiennictwie zwykło się, głównie w odniesieniu do orzecznictwa w sprawach cywilnych, plakatoowo określać mianem prawotwórczej roli sądów, a w piśmiennictwie niemieckojęzycznym – *richterliche Rechtsfortbildung* czy *Richterrecht*, to znaczny dostosowywanie wykładni związanych lub

polityki, będącą jednym z uzasadnień nadrzędnej mocy obowiązującej konstytucji, nie użyłbym kwalifikacji „a.s.” wobec tych unieważniających ustawy werdyktów trybunału, w których niewątpliwie racje konstytucyjne zderzały się z doraźnym politycznym uporem parlamentarnej większości. Za odrębne od a.s. zjawisko uważam także to, co można by nazwać aktywizmem argumentacyjnym – skłonność do wzbogacania uzasadnień orzeczeń o nowatorskie konstrukcje teoretyczne, które są *in casu* niekonieczne z punktu widzenia ekonomii dostatecznego uzasadnienia, a mają ambicje wniesienia twórczego wkładu do nauki prawa, popularyzacji określonych idei lub tp.<sup>7</sup>; taki styl uzasadniania może zresztą iść w parze zarówno z a.s. we właściwym tego słowa znaczeniu, jak i z se-

6 W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej* (przekład z wyd. angielskiego), tłum. P. Mleczko, Warszawa 2008, s. 142.

7 Przykładem może być głoszona przez nasz TK teza o potrzebie proeuropejskiej wykładni Konstytucji RP. We wszystkich sprawach, w których przyjmowano tę tezę, moim zdaniem można było dojść do identycznego rozstrzygnięcia bez odwoływania się w wykładni polskiej konstytucji do prawa europejskiego.

dziowską hiperpowściągliwością. Poza zakresem pojęcia a.s. proponuję ponadto pozostawić „aktywizm działań” (przeciwstawiany „aktywizmowi reguł i zasad”), polegający np. na wykraczaniu przez sąd poza jego obowiązki w postępowaniu dowodowym w celu udzielenia pomocy stronie słabszej czy na podejmowaniu wysiłków pojednawczych<sup>8</sup>.

Krótko mówiąc: sytuacje, że treść sędziowskiej decyzji i poprzedzające ją działania sądu nie są ściśle i bez reszty zdeterminowane przez „obiektywną” treść przepisów prawa, że rozumowanie prawnicze się odchyła czy wręcz oddala od „modelu sylogistycznego” w stronę „modelu argumentacyjnego”, występują w różnych postaciach, nie tylko w postaci

wskazywanych jako podstawa rozstrzygnięcia czy nasycenie rozumowania argumentami pozaprawnymi (filozoficznymi, politycznymi itp.). W praktyce zresztą często jest tak, że im bardziej „upolitycznione” i dyskusyjne z prawnodogmatycznego punktu widzenia rozstrzygnięcie, tym bardziej jest w jego uzasadnieniu rozbudowana argumentacja jurydyczna: buduje się misterny (co nie znaczy, że pozbawiony słabych punktów) schemat wynikania wniosku sędziego z przepisu przyjmowanego za podstawę rozstrzygnięcia, próbuje się obficie czerpać z wcześniejszego orzecznictwa, z materiału prawnoporównawczego itp.<sup>11</sup> Wytrawny aktywistyczny sędzia nie deklaruje przecież, że swoje rozumowanie opiera

## Wytrawny aktywistyczny sędzia nie deklaruje przecież, że swoje rozumowanie opiera w istocie na pozaprawnych preferencjach ideologicznych, politycznych czy kulturowych.

politycznego aktywizmu. Tym bardziej należy podchodzić sceptycznie do prób określania a.s. w sposób niespecyficzny i „wszystkoistyczny”, np. takiej: „Aktywizm sądu najwyższego czy sądu konstytucyjnego rozumiemy z reguły jako jego wyjście poza rozstrzyganie konkretnych spraw i uczestnictwo w szeroko pojętym rozwiązywaniu problemów społecznych czy też w kształtowaniu koncepcji państwa”<sup>10</sup>.

Syndrom a.s. jest bardziej fenomenem ze sfery socjologii prawa niż warsztatu sędziego, a jego odzwierciedlenie w warsztatowej stronie orzekania jest zjawiskiem wtórnym. Z wielu powodów nie sposób, moim zdaniem, określić istoty a.s. za pomocą kryterium formalnych cech rozumowania wyłożonego w uzasadnieniu orzeczenia, takich jak brak dostatecznego oparcia rozumowania w brzmieniu przepisów

w istocie na pozaprawnych preferencjach ideologicznych, politycznych czy kulturowych, lecz przeciwnie – wykorzystuje swoją argumentacyjną giętkość i erudycję, swoją „boską sztukę interpretacji”<sup>12</sup> do wykazania, że jego werdykt podważający decyzję władzy ustawodawczej jest wynikiem wnikliwej prawniczej wykładni przepisów stanowiących tzw. wzorzec kontroli<sup>13</sup>. Ba, być może zdoła nawet wykazać, że tak jak nie ma w istocie ludzi zdrowych, a są tylko nie dość dokładnie zbadani, tak samo nie ma ustaw w pełni

8 Por. W. Gromski, dz. cyt., s. 19 i przytoczoną tam literaturę.

9 Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w troku przemian*, wyd. II, Warszawa 2000, s. 153–163.

10 B. Banaszak, *Aktywizm orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 75.

11 Rekordy bije wyrok polskiego TK z 11 maja 2005 r., sygn. K 2/07, dotyczący nowej ustawy lustracyjnej: wraz z uzasadnieniem (nie licząc zdań odrębnych) liczy on 288 znormalizowanych stron.

12 Określenia tego używam za Ewą Łętowską, *Boska sztuka interpretacji [w:] Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka i in., Warszawa 2003.

13 Kilkanaście lat temu cytowany już Wojciech Sadurski jako publicysta „Rzeczpospolitej” ironizował, że nasz TK potrafiłby finezyjnie wywieść swój aktywistyczny werdykt z dowolnego przepisu konstytucji, np. tego, że Warszawa jest stolicą Polski.



zgodnych z konstytucją, lecz są najwyżej takie, które nie zostały dostatecznie wnikliwie przeanalizowane za pomocą sędziowskiego szkieleta i oka.

Sądzę, że z syndromem a.s. mamy do czynienia, gdy występują łącznie następujące symptomy:

a) orzeczenie nie rozstrzyga (tylko) jednostkowej sprawy, lecz wprowadza istotną korektę w funkcjonowaniu państwa lub w sytuacji znaczącej grupy podmiotów; b) korekta ta wyraża preferencje przeciwne do tych, które wyrażają się w decyzjach podjętych w demokratycznych procedurach, uwzględnia racje, które w danej sytuacji nie mają wystarczającej „siły przebicia” w elektoracie i parlamencie; c) orzeczenie nie jest oczywistą konsekwencją brzmienia przepisów stanowiących jego formalną podstawę, przyjęta przez sąd ich wykładnia nie opiera się też na ugruntowanej prawniczej *communis opinio* i może być uznana za prawniczo dyskusyjną, ponieważ na rzecz wykładni przeciwnej (też) można znaleźć prawniczo akceptowalne argumenty. Dodajmy, że w przypadkach a.s. często do przyjętej przez sąd wykładni nie są przekonani nawet wszyscy członkowie składu orzekającego, co czasem znajduje wyraz w zdaniach odrębnych.

Jak bardzo różne mogą być sędziowskie interpretacje wzorca kontroli w jednej i tej samej sprawie, doskonale pokazuje rozstrzygnięty przez polski TK w roku 2003 kasus ograniczenia zakresu podmiotowego lustracji<sup>14</sup>. Wygrawszy wybory, SLD przeforował zmianę ustawy lustracyjnej, znosząc obowiązek składania oświadczeń przez byłych tajnych informatorów służb wywiadu, kontrwywiadu i ochrony granic PRL. Trybunał większością głosów zmianę tę unieważnił. Uważny czytelnik wyroku, jego uzasadnienia i zdań odrębnych dowie się, że za pomocą wyrafinowanych rozumowań prawniczych z Konstytucji RP można jednocześnie wyprowadzić następujące trzy wnioski: a) nie wystarczy wygrać wybory parlamentarne, aby mieć legitymację do uchwalenia zakwestionowanego ograniczenia lustracji, ponieważ polska konstytucja *implicite* wymaga lustrowania wspomnianej kategorii osób (stanowisko większości składu orzekającego); b) nie ma dostatecznych podstaw do odstąpienia od domniemania konstytucyjności badanej zmiany, zwłaszcza

cza że ma ona charakter liberalizujący (wspólne zdanie odrębne trojga sędziów); c) cała instytucja lustracji jest niezgodna z konstytucją, a tym samym zaskarżone jej ograniczenie zawęży pole niekonstytucyjności, jest więc z konstytucją zgodne (zdanie odrębne jednego sędziego). Jak widać, z jednym aktywizmem można polemizować przez postulowanie innego, radykalnie zmierzającego w przeciwnym kierunku.

Z natury rzeczy przestrzenią, w której a.s. może objawiać się z całą siłą, jest sądownictwo konstytucyjne w swojej roli kontrolera konstytucyjności ustaw. Ale a.s. ma się doskonale także np. w orzecznictwie sądów nieodwołalnie orzekających o politycznie wrażliwych sprawach indywidualnych, jeżeli wyrok ma *de facto* lub *de iure* znaczenie precedensu. Można by tu wskazać choćby te orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z których parlamenty i rządy demokratycznych państw europejskich dowiadują się, że z wynegocjowanej, podpisanej i ratyfikowanej przez nie konwencji wynika zakaz praktyk, jakie w momencie jej zawarcia były w tych państwach uważane za normalne i oczywiste, często usankcjonowane ich ustawodawstwem.

Sędziowski aktywizm przejawia się głównie w interpretacji przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięć co do istoty sprawy, ale czasem ich warunkiem wstępnym jest aktywistyczne rozstrzygnięcie wątpliwości co do właściwości sądu w danej sprawie lub co do zastosowania trybu prowadzącego do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia.

Pouczające może być w szczególności operowanie przez sądy konstytucyjne kryterium „normatywności” przedmiotu kontroli – ustalanie, czy badane regulacje mają charakter generalny i abstrakcyjny. Z jednej strony można dopatrywać się „normatywności” mimo wątpliwości co do jej istnienia, by uznać się właściwym do wydania aktywistycznego werdyktu. Aby np. u zarania III RP unieważnić uchwałę Sejmu wzywającą ministra spraw wewnętrznych do złożenia izbie informacji o stanie zasobów archiwalnych dotyczących byłych informatorów komunistycznej policji politycznej<sup>15</sup>, nasz TK musiał na wstępie uznać, że inkryminowana uchwała jest aktem normatywnym,

<sup>14</sup> Wyrok z 28 maja 2003 r., sygn. K 44/02, ze zdaniami odrębnymi czworga sędziów.

<sup>15</sup> Orzeczenie TK z 19 maja 1992 r., sygn. U 6/92, ze zdaniem odrębnym sędziego Wojciecha Łączkowskiego.

i to takim, który trybunał może badać mimo upływu terminu, w którym uchwała miała zostać (i została) wykonana, tracąc moc obowiązującą. Z kolei kilka lat temu uznanie, że uchwała Sejmu określająca zakres działania komisji śledczej powołanej *ad hoc* do zbadania określonej sprawy jest aktem normatywnym, było wstępnym warunkiem ingerencji trybunału w zakres działania tzw. bankowej komisji śledczej<sup>16</sup>. Ale, z drugiej strony, badane regulacje mogą być też unieważniane właśnie dlatego, że trybunał nie uznaje ich za normatywne<sup>17</sup>. Czeski SK w komentowanej wyżej sprawie uznał, że skrócenie konkretnej kadencji izby ustawodawczej jest w istocie aktem rozstrzygającym jednostkowy przypadek i jako taki musi być w państwie prawnym aktem stosowania prawa, opartym

dze legalistycznej albo inną formą jawnej „tyranii większości”. Okazje do takiego działania sędziów są jednak w normalnym porządku demokratycznym niesłychanie rzadkie. Przypadki zaś „powszedniego” politycznego a.s. są o wiele bardziej dyskusyjne, choć ich oficjalne i nieoficjalne uzasadnienia lubią wskazywać na zagrożenia, które aktywistyczny werdykt ponoć zażęguje.

Adherenci zbyt łatwego a.s. zdają się ignorować mądrość klasyka: „Także w demokracji lud ma swoje przesady, które wiodą go na manowce. Demokracja nie na tym polega, że lud ma zawsze rację, lecz na tym, że w ostatecznym rozrachunku lud jest odpowiedzialny za stan, w jakim się znalazł”<sup>18</sup>. Polityczny a.s. jest wyrazem „postdemokratycznej” czy

## Politycznego atywizmu sędziowskiego nie uważam za zło absolutne.

### In extremis może być usprawiedliwiony.

na normatywnej podstawie konstytucyjnej, dlatego sam nie może przybierać formy ustawy konstytucyjnej. W takich wypadkach sąd skłonny jest abstrahować od tego, że dychotomia akt normatywny – akt indywidualno-konkretny ma charakter modelowy, a w praktyce bywają różnorodne zjawiska pośrednie, w których użycie formy normalnie przewidzianej dla aktu prawodawczego nie zawsze oznacza naruszenie standardów państwa prawnego.

Politycznego a.s. nie uważam za zło absolutne. *In extremis* może być usprawiedliwiony, np. jeśli służy ocaleniu istnień ludzkich<sup>18</sup> czy ochronie demokratycznego ładu przed jego zniesieniem na dro-

„kontrdemokratycznej” intencji zachowania ludu od skutków jego przesądów. Ale w imię czego ci, którzy decydują zamiast ludu, uzurpują sobie taki przywilej? Dlaczego w sporach ideowo-politycznych, często dotyczących zresztą wymiernych interesów, mają oni być nie stronami, lecz sędziami? I jaka jest gwarancja, że nie zastąpią jawnych przesądów ludu, manifestowanych w demokratycznych debatach i decyzjach, przesądami elit skrywanymi za parawanem subtelnych rozumowań prawniczych?

Wspierająca a.s. koncepcja „kontrdemokracji” zakłada, że „choć społeczne zaufanie uznawane jest zwykle za fundament demokracji, bez którego ta ostatnia nieuchronnie musi pogrążyć się w kryzysie, to jednak jego przeciwieństwo, czyli społeczna nieufność, jest równie istotnym i konstruktywnym elementem demokratycznego procesu”; w związku z tym coraz większe znaczenie uzyskują „trybunały konstytucyjne,

16 Wyrok TK z 22 września 2006 r., sygn. U 4/06.

17 O trudnościach związanych z kryterium rozgraniczenia i o powściągliwości polskiego TK odnośnie do przypadków granicznych por. B. Skwara, *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

18 Za taki przypadek uważam uznanie przez polski TK niekonstytucyjności liberalizacji ustawy antyaborcyjnej orzeczeniem z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, z trzema zdaniem odrębnymi.

19 J. Tischner, słowa przytaczane w latach 90. w polskich mediach (cytuje na podstawie własnych notatek).

grupy ekspertów (mędrców), niezależne autorytety”<sup>20</sup>. Dodajmy, że w praktyce często usiłuje się delegitymizować takie układy odniesienia obywatelskiej nieufności wobec decyzji parlamentu jak tradycja i religia, a dość arbitralnie uznaje się wyższość nieufności nowo wytypowanych elit wobec zaufania „przypadkowej” większości. Okazuje się, że demokratyczne państwo prawa musi czasem funkcjonować jako kontrdemokratyczne państwo prawników, ponieważ lud i jego wybrani przedstawiciele nie są dostatecznie dojrzały, aby np. decydować o zakresie podmiotowym lustracji<sup>21</sup>, regulować udział zainteresowanych korporacji w dopuszczaniu do zawodów prawniczych<sup>22</sup> czy stosować zdroworozsądkową wykładnię konstytucji w sprawie przedterminowych wyborów<sup>23</sup>.

Można wskazać wiele negatywnych następstw politycznego aktywizmu sądów konstytucyjnych. Tutaj chciałbym zwrócić uwagę na cztery.

Po pierwsze: „oddemokratyzowanie” wykładni ogólnych klauzul konstytucji, uczynienie jej domeną zastrzeżoną dla wąskiej grupy ekspertów. Oka-

zuje się, że demokratycznie wybrani deputowani są wprawdzie zdolni do uchwalenia, że państwo ma być oparte na sprawiedliwości i rządach prawa, że ma szanować przyrodzoną godność człowieka, przestrzegać równości wobec prawa, zasad pomocniczości i proporcjonalności itd., ale ponoć nie są zdolni do tego, by wiedzieć, co to naprawdę znaczy, ani do tego, aby o tym demokratycznie debatować. Tym bardziej dotyczy to „zwykłych” obywateli, którzy mogą być wzywani do udziału w tzw. referendum zatwierdzającym, lecz nie ich rzeczą jest interpretować to, co zatwierdzili. Do tego są bowiem ponoć zdolni jedynie członkowie elitarnego grona wtajemniczonych – wybitnych ekspertów konstytucyjnych. Po zamknięciu procesu legislacyjnego są nimi sędziowie trybunału, natomiast na etapie legislacyjnym ich ocenę usiłują antycypować inni wybitni konstytucjonaliści – ci, którym politycy zlecają prawniczą ocenę odpowiednich projektów i którzy uzyskują przez to *de facto* niemałą władzę. Ale przecież i oni mogą różnić się w swoich opiniach i mogą kierować się w nich swoimi politycznymi preferencjami, skrywany za parawanem „czysto prawniczych” rozumowań. Bywa, że ustawę, której projekt uznali za oczywiście zgodny z konstytucją, TK później jednak zakwestionuje<sup>24</sup>. Trudno natomiast oszacować, ile z projektów ustaw zdyskwalifikowanych w „przebiegach” przez konstytucyjnych ekspertów byłoby potem uznanych przez TK jednak za konstytucyjne.

Po drugie: a.s. sprzyja składaniu w ręce trybunału decyzji prawodawczych, które powinny być podejmowane w demokratycznych procedurach. W sprawach trudnych i drażliwych zwalnia to zainteresowanych zmianami z wysiłku i politycznego

20 W. Gromski, dz. cyt., s. 21–22.

21 Por. wyroki TK powołane w przypisach 11 i 14; w roku 2003 chodziło o niekonstytucyjność ograniczenia podmiotowego zakresu lustracji, trzy lata później – jego rozszerzenia.

22 Por. wyroki TK: z 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06; z 8 listopada 2006 r., sygn. K 30/06; z 26 marca 2008 r., sygn. K 4/07.

23 Tak w rozpatrywanym kasusie czeskim. O zwycięstwie doktryny nad zdrowym rozsądkiem świadczą także następstwa aktywistycznego wyroku SK. Otóż pragnąc uratować plan jesiennych przedterminowych wyborów, w ciągu kilku dni między ogłoszeniem postanowienia tymczasowego SK i jego końcowego werdyktu eksperci przygotowali projekt nowelizacji konstytucji, którą uchwalono dzień po wyroku (zmiana dokonana ustawą konstytucyjną nr 319/2009 Sb.). Wprowadziła ona do Konstytucji RCz instytucję skrócenia kadencji Izby Poselskiej przez głowę państwa na wniosek uchwalony przez izbę większością trzech piątych ogółu posłów (nowy art. 35 ust. 2 Konstytucji RCz). Po przeanalizowaniu uzasadnienia wyroku SK nie zdecydowano się jednak wykorzystać tej nowej instytucji do ponownego rozpisania przedterminowych wyborów na jesień 2009 r., ponieważ część ekspertów była zdania, że trybunał również mógłby je unieważnić z tego powodu, iż mechanizm skrócenia kadencji może być stosowany dopiero poczynawszy od przyszłej kadencji. Już po fakcie, na przełomie roku 2009 i 2010, prezes SK wyznał w telewizji, że gdyby zaraz po nowelizacji ponownie rozpisano przedterminowe wybory, to SK byłby to zaaprobował. Demokracja jako królik doświadczalny do finezyjnych interpretacji konstytucyjnych?

24 Dobrym przykładem jest rozbieżność ocen ekspertów sejmowych i sędziów TK w pełnym składzie w sprawie rozstrzygniętej, bez zdań odrębnych, wyrokiem TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05 co do kwestii, czy art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w pierwotnym brzmieniu (całkowity zakaz ekstradycji obywateli polskich) dopuszczał stosowanie w Polsce europejskiego nakazu aresztowania do obywateli RP. W tej sprawie nie sposób zresztą dopatrzeć się politycznego a.s. po stronie trybunału, ponieważ konstytucyjne uchybienie ustawodawcy było dość ewidentne, a wyrok TK, odraczający skutek derogacyjny o 18 miesięcy, nie udaremnił ani na chwilę stosowania e.n.a. do Polaków, lecz jedynie wymusił szybkie dostosowanie polskiej konstytucji do prawa europejskiego.

ryzika ich demokratycznego inicjowania i zabiegania o poparcie większości. Oczekują oni, że sprawę załatwi za nich trybunał, a gdy ten wykazuje powściągliwość, staje się ona wygodnym alibi. Notabene krótka bywa droga od postrzegania trybunału jak dobrego cara, który zdejmie (ze mnie i tych, co myślą tak jak ja) jarzmo złych (naszym zdaniem) przepisów, do traktowania go jako chłopca do bicia z powodu jego ponoć niedopuszczalnej (w naszej sprawie) powściągliwości.

Po trzecie: aktywizm sędziowski wzmacnia oczekiwania różnych grup pod adresem sądu konstytucyjnego, że będzie on rozstrzygał na ich korzyść spory w sprawach publicznych, które w istocie mają charakter pozaprawny i powinny być rozstrzygane w oparciu o inne kompetencje niż prawnicze. Oto np. polscy przeciwnicy wliczania oceny z religii do szkolnej średniej ocen, nie przekonawszy do swoich racji autorytetów pedagogicznych, administratorów oświaty ani

którzy musieli uczyć się w szkole nowych reguł ortografii, zaskarżyli jej ministerialną reformę do trybunału, też nie znajdując zrozumienia u sędziów. W czasie rozprawy jeden z członków Federalnego Sądu Konstytucyjnego (FSK) miał mimochodem zapytać: „Czy skarżący naprawdę wierzą, że sędziowie znają się na ortografii?”<sup>25</sup>.

Po czwarte: a.s., podobnie zresztą jak wspomniany aktywizm argumentacyjny, sprzyja praktycznej aplikacji nowatorskich koncepcji dogmatycznych i prawnofilozoficznych „na skróty”, z pominięciem pożytecznej weryfikacji w procesie wolnego (tzn. i swobodnego, i niespiesznego) krążenia myśli. Dzięki a.s. nowatorska koncepcja teoretyka może szybko uzyskać ważność nie przez swą siłę przekonywania, zdolność urabiania *communis opinio*, lecz dzięki sprawowaniu przez jej autora urzędu sędziowskiego. W ten sposób przemożny wpływ na orzecznictwo mogą wywierać koncepcje, które nie przeszły testu

## Aktywizm sędziowski wzmacnia oczekiwania różnych grup pod adresem sądu konstytucyjnego, że będzie on rozstrzygał na ich korzyść spory w sprawach publicznych, które w istocie mają charakter pozaprawny.

parlamentarnej większości, idą ze swoim żądaniem do trybunału w przekonaniu (autentycznym albo taktycznie udawanym), że „prawidłowe” rozstrzygnięcie ich sprawy jest ściśle zdeterminowane treścią konstytucji, niczym los człowieka układem gwiazd, i że potrzeba tylko właściwego prawnika – konstytucyjnego astrologa, który owo jedynie słuszne rozwiązanie potrafi z konstytucji trafnie odczytać i odpowiednio zawile uzasadnić. A kiedy trybunał nie odstępuje od domniemania konstytucyjności kwestionowanej przed nim regulacji, naraża się na zarzut stronnictwej pobłażliwości. Skłonność do a.s. i jego propagowanie zbiera takie późne żniwo nie tylko u nas. Oto przed kilkunastoma laty w Niemczech rodzice uczniów,

wytrzymałości w nauce, a jednak już przez sam fakt, że nadają kierunek orzecznictwu, uzyskują naukową nobilitację. Można wątpić, czy optymalny będzie rozwój filozofii prawa w kraju, w którym podstawowymi traktatami w tej dziedzinie stają się uzasadnienia orzeczeń sądu konstytucyjnego.

25 Sprawa rozstrzygnięta wyrokiem FSK z 14 lipca 1997 r., 1 BvR 1640/97 ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19980714\\_1bvr164097.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19980714_1bvr164097.html)). Konstytucjonaliści reprezentujący skarżących oczywiście wytaczali zasadnicze argumenty konstytucyjne (wyłączenie ustawy w regulowaniu obywatelskich obowiązków, prawa rodziców, wolność nauki itd.). Przytoczoną anegdotę opowiedział mi niemiecki prawnik, który przysłuchiwał się rozprawie.

Kelsenowski model sądownictwa konstytucyjnego, do którego nawiązują rozwiązania w państwach postkomunistycznych, zakłada, że porządek prawny wkalkulowuje ryzyko obowiązywania i stosowania ustaw niezgodnych z konstytucją. Po to jednak, aby konstytucja rzeczywiście miała wyższą moc obowiązującą niż inne normy prawne, musi istnieć zespół szeroko rozumianych gwarancji konstytucyjności prawa. Jedną z takich gwarancji jest sąd wyposażony w kompetencję do unieważniania (uchylania) niekonstytucyjnych ustaw. Z tego punktu widzenia doświadczenia z funkcjonowaniem tego typu instytucji w państwach postkomunistycznych wydają się *per saldo* pozytywne. Zarazem z biegiem czasu niektórzy zaczynają dostrzegać niebezpieczeństwo związane z aktywistyczną pokusą sędziów konstytucyjnych, wyposażonych w ogromną władzę w demokratycznym państwie, i wracać do starego pytania: *Quis custodiet ipsos custodes?*<sup>26</sup>. Zresztą nie kto inny niż sam Hans Kelsen dostrzegał takie niebezpieczeństwo, zwracając uwagę na „ryzyko, że sąd konstytucyjny, któremu zostanie przedłożona do rozstrzygnięcia sprawa zgodności z konstytucją określonej ustawy, uchyli ją, uzasadniając to tym, że jest ona niesprawiedliwa, oraz wskazując, że »sprawiedliwość« jest zasadą konstytucyjną i jako taka musi być przezeń stosowana. Znaczyłoby to jednak, że sądowi temu przyznaje się pełnię władzy, która absolutnie nie może być zaakceptowana. To, co większość sędziów konstytucyjnych uznaje za sprawiedliwe, może pozostawać w całkowitej sprzeczności z tym, co za sprawiedliwe uważa większość obywateli, a już na pewno pozostaje w sprzeczności z tym, co za sprawiedliwe uznała większość parlamentu, która właśnie daną ustawę uchwaliła. Oczywiście jest zaś, że sens konstytucji nie może polegać na tym, aby za pomocą bliżej nieokreślonego i tak wieloznacznego słowa jak »sprawiedliwość« czy podobnego uzależniać obowiązywanie każdej ustawy uchwalonej przez parlament od swobodnego uznania sądu konstytucyjnego, czyli gremium obsadzanego w sposób politycznie mniej lub bardziej dowolny»<sup>27</sup>.

26 Tak L. Morawski w artykule *Zasada... jw.*, s. 59 oraz w recenzji polskiego wydania pracy Kelsena przytoczonej w następnym przypisie, „Forum Prawnicze” 2010, nr 1, s. 91.

27 H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszkiewicz, z posłowiem S. Wronkowskiej, „Studia

Nawiasem mówiąc, „duch czasu” w naszym kraju sprawia, że rozważania takie mają dziś raczej akademicki charakter. W opiniotwórczym mainstreamie a.s. nie jest bowiem postrzegany jako zjawisko wymagające przeciwdziałania, a zgłaszane postulaty zmian w ustroju TK (np. dopuszczenia rad wydziałów prawa do współdecydowania w sprawach wyłaniania sędziów) niewiele mają wspólnego z promowaniem cnoty sędziowskiej powściągliwości<sup>28</sup>. O ile polityczne krytyki orzeczeń aktywistycznych napotkały stanowczy sprzeciw ze strony publicystów i autorytetów prawniczych głównego nurtu, o tyle jeszcze gwałtowniejsze ataki na orzeczenia uznające zgodność badanej regulacji z konstytucją<sup>29</sup> nie spotykały się z żadną reakcją autorytetów.

W duchu Hansa Kelsena należałoby stwierdzić, że nasz porządek prawny wkalkulowuje także ryzyko, iż wśród norm unieważnianych przez sąd konstytucyjny są i takie, które „obiektywnie” są zgodne z konstytucją, choć taki stan koliduje z systemowymi założeniami w stopniu nie mniejszym niż obowiązywanie i stosowanie niekonstytucyjnych ustaw. I tak, jak już udało się stworzyć imponujący zestaw gwarancji konstytucyjności prawa, można na następnym etapie rozwoju zastanawiać się nad gwarancjami sędziowskiej powściągliwości czy minimalizowania skutków aktywizmu. W grę mogą wchodzić różne rozwiązania, ale jedno należy, moim zdaniem, z góry wykluczyć: prawo parlamentu i rządu do spontanicznego nierespektowania (bojkotowania) werdyktów uważanych przez nie za rażąco aktywistyczne. Stabilny ład państwowy, jako

i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, t. XXI, Warszawa 2009, s. 54.

28 Por. zdanie sędziego amerykańskiego SN Antonina Scaliiego z jego wykładu, wygłoszonego w Warszawie 24 sierpnia 2009 r., *Mułowcie Zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, tłum. A. Legutko-Dybowska: „Nie cieszy mnie upolitycznienie procesu nominacji sędziowskich w moim kraju. Jednak szczerze wolę je od alternatywy, jaką są rządy sędziowskiej arystokracji”. Pełny tekst w oryginale i przekładzie: <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>; zaproszenie wykładowcy i polską edycję tekstu zawdzięczamy śp. rzecznikowi Januszowi Kochanowskiemu.

29 Niedawno w sprawie dotyczącej obniżenia wysokości emerytur byłych funkcjonariuszy policji politycznej PRL ataki te łączyły się nawet z dziennikarskim recenzowaniem intelektualnych kwalifikacji poszczególnych sędziów do sprawowania urzędu.

przeciwieństwo anarchii, musi opierać się na kwalifikowanym domniemaniu zgodności z prawem aktów władzy publicznej. Domniemanie to musi co do zasady wiązać dopóty, dopóki nieważność aktu nie zostanie formalnie stwierdzona w specjalnej, wyraźnie określonej prawem procedurze. Regułą musi więc pozostać unieważnialność (nieważność względna) wadliwych aktów prawa publicznego, nie ich bezwzględna nieważność<sup>30</sup>. Jeśli zaś prawodawca nie przewidział moż-

na jej treść. Chodzi tu nie tylko o drastyczne przypadki ze sfery *political fiction*, jak wpisanie do konstytucji kierowniczej roli określonej partii, przedłużenie kadencji Sejmu o 20 lat czy powierzenie wymiaru sprawiedliwości organom administracji rządowej. Nietrudno wyobrazić sobie zmiany bardziej subtelne, poniekąd graniczne, otwierające pole dla – usprawiedliwionego albo nieusprawiedliwionego – aktywizmu sędziowskiego.

## Sądownictwo konstytucyjne to sfera, w której niemożliwe staje się możliwe.

liwości weryfikacji aktów określonego typu, to okoliczność ta nie może upoważniać do ich nierespektowania przez inne organy państwa<sup>31</sup>.

\*

Wypada jeszcze zapytać, czy także w naszym kraju wyobrażalne jest unieważnienie przez TK regulacji rangi konstytucyjnej, dokonanej z zachowaniem wszystkich wymagań proceduralnych, ze względu

Nie jeden polski prawnik powie, że w naszym systemie prawa, nieróżnicującym norm konstytucyjnych pod względem ich mocy obowiązującej, w szczególności wobec braku w ustawie zasadniczej tzw. klauzuli wieczystej, unieważnienie przez TK norm o randze konstytucyjnej z powodu ich treści jest niemożliwe. I zapewne będzie mieć rację – tak samo, jak rację mieli ci konstytucjonaliści czescy, którzy przed 10 września 2009 r. publicznie przekonywali, że w ich kraju nie do pomyślenia jest, aby trybunał uchylił ustawę konstytucyjną, zwłaszcza z powodu jej treści. Sądownictwo konstytucyjne to sfera, w której niemożliwe staje się możliwe.

Konstytucja PRL (po nowelizacji z grudnia 1989 r.: RP) nie przewidywała wprost stanowienia norm rangi konstytucyjnej poza jej tekstem, regulując jedynie tryb „zmiany konstytucji”, dokonywanej ustawą uchwalaną kwalifikowaną większością<sup>32</sup>. Praktyka, zresztą nawiązując do wcześniejszych wzorów, знаła jednak zarówno uchwalane w tym trybie akty zatytułowane „Ustawa o zmianie Konstytucji”, wprost ingerujące w tekst tejże, jak i akty zatytułowane „Ustawa konstytucyjna o ...”; które bądź zawierały systemowe regulacje obowiązujące równolegle z Konstytucją, bądź ustanawiały swego rodzaju wyłomy *ad hoc* od systemowych reguł konstytucyjnych. Wyłomy takie polegały na dostosowaniu długości bieżącej kadencji

30 Por. H. Kelsen, dz. cyt., s. 30–32. Austriacki autor sceptycznie podchodzi do możliwości teoretycznego rozgraniczenia aktów bezwzględnie nieważnych, unieważnialnych i tzw. nieaktów, twierdząc że „na pytanie, gdzie przebiega granica (...) teoria prawa nie może odpowiedzieć za pomocą jednej, uniwersalnej formuły. Tylko pozytywny porządek prawny mógłby sprostac temu zadaniu, ale z reguły tego nie czyni, a w każdym razie nie czyni tego w sposób świadomy i precyzyjny” (s. 32). Kelsen trafnie zauważa, że w prawie publicznym sytuacja jest poniekąd przeciwna do tej w prawie prywatnym, gdzie regułą jest nieważność bezwzględna niezgodnych z prawem czynności prawnych (s. 31). Dodajmy, że w sferze prawa prywatnego także nieważność względna jest z reguły określona mniej rygorystycznie, ponieważ do unieważnienia jednej czynności prawnej podmiotu prywatnego (podmiotów prywatnych) wystarczy często inna czynność prawna (jednostronna) takiego podmiotu, w prawie publicznym potrzebny jest natomiast akt organu władzy wydany w odpowiednim postępowaniu.

31 Pomijam tu tzw. nieakty – zjawiska, których nie sposób rozsądnie traktować jako wiążące akty władzy z powodu oczywistego niezachowania minimum wymagań formalnych i proceduralnych. Pomijam także sytuacje tzw. nieposłuszeństwa obywatelskiego, które odnosi się do relacji między władzą a jednostką, a nie między organami władzy.

32 Art. 96 według pierwotnej numeracji, art. 106 według numeracji po zmianach z 1976 r.



Sejmu PRL do nowych preferencji politycznych w specyficznym momencie historycznym. W trybie ustawy *de nomine* konstytucyjnej skrócono *ad hoc* kadencję Sejmu PRL po dojściu do władzy ekipy Gierka<sup>33</sup>. Podobnie, choć przy zastosowaniu nieco innej techniki legislacyjnej, skrócono *ad hoc* kadencję Sejmu w wyniku Okrągłego Stołu: odpowiedni przepis umieszczono w ustawie zmieniającej Konstytucję PRL, jako jej przedostatni przepis końcowy<sup>34</sup>. W obu wypadkach przedterminowe wybory wiązały się z pewnymi – w 1989 r. głębszymi – tendencjami liberalizacyjnymi i nikomu nie przyszłoby chyba do głowy, żeby kwestionować owe akty konstytucyjne z powodu niespełnienia finezyjnego wymagania doktrynalnego, że doraźne skrócenie kadencji powinno być aktem stosowania prawa, i to najlepiej prawa obowiązującego co najmniej od wyboru deputowanych danej kadencji. Gdyby jakiś trybunał uznał wówczas ów kosmetyczny defekt odnośnej ustawy za powód do jej unieważnienia, to niewątpliwie uznano by to za przejaw antydemokratycznej uzurpacji.

Należy jednak także pamiętać, że w PRL w latach osiemdziesiątych, gdy stan pacyfikacji społeczeństwa nie pozwalał jeszcze na bezpieczne przeprowadzenie tzw. wyborów, użyto formy ustawy konstytucyjnej do bezterminowego w istocie przedłużenia bieżącej kadencji Sejmu<sup>35</sup>. Gdyby wtedy działał trybunał, który unieważniłby taką ustawę konstytucyjną z powodu naruszenia fundamentalnych zasad, nie mówilibyśmy chyba o akcie uzurpacji.

W III RP, której ustawa zasadnicza przewiduje skrócenie *ad hoc* kadencji Sejmu uchwałą izby podjętą większością co najmniej dwóch trzecich głosów ustawowej liczby posłów<sup>36</sup>, a przy tym w doktrynie prawa konstytucyjnego panuje pogląd, że wobec

zamkniętego katalogu źródeł prawa polski ustawodawca konstytucyjny nie ma podstaw do ustanawiania – na wzór amerykański, austriacki, czeski czy słowacki – poza tekstem aktu nazwanego „Konstytucja RP” odrębnych ustaw konstytucyjnych dopełniających zawarte w nim regulacje lub stanowiących *lex specialis*<sup>37</sup>, uchwalenie ustawy konstytucyjnej skracającej kadencję Sejmu byłoby i zbędne, i formalnie niedopuszczalne. Pomijając to szczegółowe zagadnienie i ten aspekt techniki legislacyjnej, można postawić zasadnicze pytanie: czy polski ustawodawca konstytucyjny może na drodze legalistycznej, zachowując tryb określony w art. 235 Konstytucji RP, dokonywać dowolnych treściowo zmian w obowiązującym stanie konstytucyjnym, czy też jednak podlega ograniczeniom wyznaczonym przez jakieś „niezmienne materialno jądro konstytucji”, na którego straży powinien stać TK?

Komentarze do Konstytucji RP poświęcają tej sprawie, jak zresztą w ogóle problemowi konstytucyjności ustaw uchwalanych w trybie zmiany konstytucji oraz specyfice kontroli sprawowanej w takich przypadkach przez TK, niezbyt dużo uwagi, a niektóre w ogóle kwestie te pomijają. W renomowanym komentarzu w uwagach do art. 188 czytamy: „Kontroli TK nie podlegają natomiast ustawy o zmianie konstytucji, w każdym razie gdy chodzi o ocenę ich treściowej zgodności z konstytucją. Polska konstytucja nie różnicuje bowiem rangi prawnej swych przepisów. Natomiast wyobrażalna byłaby kontrola takiej ustawy z punktu widzenia prawidłowości jej dojścia do skutku”<sup>38</sup>. Nieco szerzej ustosunkowuje się ten sam komentarz do naszego problemu w kontekście art. 235, stwierdzając, że dokonywana przez TK kontrola zgodności z konstytucją ustawy o zmianie konstytucji jest ograniczona do kontroli tzw. konstytucyjności zewnętrznej – obejmuje „kontrolę kompetencyjną” (czy organy biorące udział w nowelizacji

33 Ustawa konstytucyjna z 22 grudnia 1971 r. o upływie kadencji Sejmu PRL (Dz.U. nr 36, poz. 311).

34 Art. 5 ustawy z 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji PRL (Dz.U. nr 19, poz. 101).

35 Ustawa konstytucyjna z 13 lutego 1984 r. o przedłużeniu kadencji Sejmu PRL (Dz.U. nr 9, poz. 33). W akcie tym nie określono czasu, o jaki przedłuża się kadencję, a jedynie zobowiązano Sejm do określenia terminu jej upływu w drodze ustawy zwykłej, która miała być uchwalona do końca roku.

36 Art. 98 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r.

37 Tak m.in.: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 11, Warszawa 2007, s. 45; Z. Sokolewicz, uwagi do art. 235 (stan na 31 grudnia 2000) [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. II, Warszawa 2001, s. 3 i 8–9. Mówi się w związku z tym o wymogu zastosowania techniki „inkorporacji” zmian konstytucyjnych; notabene analogiczny wymóg Ustawa zasadnicza RFN, inaczej niż Konstytucja RP, ustanawia *expressis verbis* w art. 79 ust. 1.

38 L. Garlicki, uwagi do art. 188 (stan na 1 sierpnia 2007) [w:] *Konstytucja RP... jw. t. V*, s. 14.

działy w granicach swoich kompetencji) oraz „kontrolę proceduralną” (czy dochowano obowiązującego trybu zmian konstytucyjnych), wykluczone jest natomiast badanie meritum uchwalonych zmian<sup>39</sup>.

Problem jednak w tym, że jednym z elementów kompetencji do wydania aktu jest wytyczenie pola możliwych regulacji. To zaś prowadzi nas do pytania, czy kompetencja do dokonywania zmiany konstytucji jest na pewno przedmiotowo nieograniczona, czyli obejmuje upoważnienie do wprowadzenia, na drodze legalistycznej, dowolnych zmian w stanie konstytucyjnym<sup>40</sup>. Tak więc rozważając wyłącznie zagadnienie kompetencji do zmiany konstytucji, jeśli czynimy to wnikliwie, dojdziemy do pytania o istnienie i treść „niezmiennego materialnego jądra konstytucji”, a tym samym o przedmiotowe ograniczenia kompetencji ustawodawcy konstytucyjnego. Pytanie to jest aktualne nie tylko na gruncie tych porządków konstytucyjnych, w których ustawach zasadniczych umieszczono wyraźne klauzule wieczyste<sup>41</sup>. Wszak

Trybunał Konstytucyjny w Austrii, której konstytucja nie zna takiej klauzuli, a prawnicza tradycja zwykła wiązać moc obowiązującą konstytucji jedynie ze szczególnym trybem jej zmiany, w jednym z wyroków zasygnalizował – pozostawiając otwartą – wątpliwość, czy nawet w trybie wystarczającym do tzw. całościowej zmiany konstytucji federalnej dopuszczalna byłaby dowolna zmiana jej treści<sup>42</sup>.

Niemiecki FSK już kilkakrotnie badał nowelizacje ustawy zasadniczej pod kątem ich zgodności z klauzulą wieczystą, i to w sprawach o dużym ciężarze gatunkowym: rozszerzenia dopuszczalności inwigilacji obywateli<sup>43</sup> oraz usankcjonowania skutków komunistycznej reformy rolnej<sup>44</sup>; za każdym razem uznał jednak, że ustawodawca konstytucyjny nie naruszył klauzuli wieczystej. Szkoda, że czeski SK zdecydował się przekroczyć Rubikon akurat w związku z kosmetycznym defektem regulacji przedterminowych wyborów, co jakby przesłania właściwy wymiar idei ochrony materialnego jądra konstytucji. Z pewnością jednak idea ta ma swoje racjonalne jądro. I choć z punktu widzenia naszych polskich problemów sprawa wydaje się na razie egzotyczna, to warto o niej spokojnie dyskutować, zanim życie być może niespodziewanie postawi ją na porządku dziennym także u nas.

39 W. Sokolewicz, dz. cyt., s. 71–74. Podobnie w poprzednim stanie konstytucyjnym K. Wojtyczek, *Czy Trybunał Konstytucyjny może badać zgodność ustawy konstytucyjnej z konstytucją?* [w:] *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego*, red. A. Pułło, Gdańsk 1993, s. 121–124. Nawiasem mówiąc, pierwszy autor przedstawia dyskusyjny pogląd, że w obecnym stanie prawnym TK może badać konstytucyjność ustawy zmieniającej konstytucję tylko i wyłącznie w trybie kontroli prewencyjnej, inicjowanej przez Prezydenta RP; polemika wykraczałaby poza temat niniejszych uwag.

40 Por. przegląd poglądów uzasadniających przeczącą odpowiedź na to pytanie w artykule: P. Holländer w artykule *O niezmienności materialnego jądra konstytucji*, tłum. B. Banaszkiewicz, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1, s. 24–45.

41 W Konstytucji RP można zresztą dopatrzeć się pewnej, niemającej postaci wyraźnego zakazu zmian, „proklamacji wieczystej”: w ostatnim zdaniu preambuły jako „niewzruszoną” (także dla ustawodawcy konstytucyjnego?) podstawę RP wskazuje się przyrodzoną godność człowieka, jego prawo do wolności i obowiązek solidarności z innymi; o nienaruszalności przyrodzonej godności człowieka i obowiązku jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne (moim zdaniem – nie wyłączając ustawodawcy konstytucyjnego) mowa jest też w art. 30. W piśmiennictwie szwajcarskim dyskutowano o granicach dowolności zmian tamtejszej konstytucji na gruncie poprzedniego stanu prawnego, zanim do ustawy zasadniczej z 1999 r. wprowadzono klauzulę wieczystą; por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss*, Zürich 1984, s. 9–10 oraz przytoczone tam publikacje.

42 Tak w wyroku z 11 października 2001 r., sygn. G 12/00 17 i in., przytoczonym wyżej przez Z. Koudelkę. Trybunał uchylił jeden z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, któremu nadano rangę normy konstytucyjnej (taką technikę dopuszcza austriacka konstytucja, z czego korzystają czasem parlamentarne koalicje w celu „immunizowania” kontrowersyjnych regulacji przeciw groźbie ich zaskarżenia do TK z powodu merytorycznej niekonstytucyjności). Według trybunału wyłączenie całej kategorii aktów administracyjnych spod kontroli sądowej nie może być dokonane w formie „zwykłej” ustawy konstytucyjnej, do której wejścia w życie – inaczej niż w przypadku całościowej zmiany konstytucji – nie jest wymagana zgoda obywateli wyrażona w referendum. W *obiter dictum* TK zasygnalizował „wątpliwość”, czy taka zmiana byłaby dopuszczalna nawet w kwalifikowanym trybie całościowej zmiany konstytucji.

43 Wyroki: z 15 grudnia 1970 r., sygn. 2 BvF 1/69 i in. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030001.html>) oraz z 3 marca 2004 r., sygn. 1 BvR 237/98 ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040303\\_1bvr237898.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html)).

44 Wyrok z 23 kwietnia 1991 r., sygn. 1 BvR 1170/90 i in. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv084090.html>).



### Wacław Uruszczak

Wacław Uruszczak, ur. 28 września 1946 r. w Krakowie, absolwent Uniwersytetu Jagiellońskiego (1969), doktor nauk prawnych (1975), doktor habilitowany nauk prawnych (1981), profesor tytularny nauk prawnych (1990), profesor zwyczajny i kierownik Katedry Historii Prawa Polskiego oraz Zakładu Prawa Kościelnego i Wyznaniowego w Uniwersytecie Jagiellońskim.

Wacław Uruszczak

## *Fabula mundi*

**A propos pracy Wojciecha Załuskiego, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, ss. 215.**

W swym eseju opublikowanym w 1974 r. pt. *Fabula mundi i nos Kleopatry*, a ostatnio przypomnianym dzięki krakowskiemu Wydawnictwu Znak<sup>1</sup>, Leszek Kołakowski zwrócił uwagę na dwojakie podejście współczesnej filozofii do historii czyli wydarzeń zaistniałych w przeszłości. Pierwsze, określane jako „doktryna pragmatyczna”, polega na projekcji teraźniejszości w przeszłość skonstruowaną – jak podkreśla Kołakowski – całkowicie sztucznie. Przeszłość przedstawiana jest zawsze w ramach pewnego teleologicznego porządku, narzucanego procesom historycznym. Z kolei drugie, nazwane „doktryną kartezjańską”, polega na wyjaśnianiu obecnego stanu rzeczy poprzez ukazywanie genezy zjawisk współczesnych za pośrednictwem opowieści z reguły całkowicie zmyślonych. Kołakowski nazywał je fabula mundi (bajka o świecie). Jako przykład tych ostatnich wskazał teorie stanu naturalnego. W obu „doktrynach” chodziło uprawiającym je filozofom o uwolnienie się od fetyszu faktu<sup>2</sup>. Kołakowski żadnego z tych ujęć nie odrzuca. Zwraca jednak uwagę, że „każda fabula musi się kończyć tradycyjnym zastrzeżeniem: *quod tamen potest esse aliter* [„co jednak mogło być inaczej”]”<sup>3</sup>. Jak się wydaje, powyżej przedstawiona opinia wybitnego filozofa polskiego w pełni odnosi się do książki krakowskiego filozofa prawa Wojciecha Załuskiego pt. *Ewolucyjna filozofia prawa* (Warszawa 2009), którą – w opinii niżej podpisanego – można zaliczyć do kategorii *fabulae mundi*.

W zasadzie na pierwszy rzut oka, wszystko jest w najlepszym porządku. Książka powstała z zamiarem wyjaśnienia fundamentalnych problemów prawnych, takich jak geneza prawa, cele prawa, normatywność a więc podstawy obowiązywania prawa. Jest próbą poszukiwania odpowiedzi na powyższe kwestie w świetle nie tyle twierdzeń samego Karola Darwina, co teorii ewolucji w wersji współczesnej, a zwłaszcza psychologii ewolucyjnej. Po lekturze tej książki ogarnęły mnie jednak poważne wątpliwości, z którymi pragnąłbym się podzielić z czytelnikami.

1 Leszek Kołakowski, *Fabula mundi i nos Kleopatry*, [w:] L. Kołakowski, *Nasza wesoła Apokalipsa. Wybór najważniejszych esejów*, Wybór i układ Z. Mentzel, Wydawnictwo Znak, Kraków 2010, s. 231-239.

2 Ibidem, s. 231-232.

3 Ibidem, s. 238.

W rozdziale 2 pt. *Pytanie ontologiczne* Autor zajął się genezą prawa, czyli odpowiedzią na pytanie, jak powstało prawo. Zagadnienie to rozważone zostało przy pomocy trzech „modeli genezy prawa”. Są to: 1) „model Hobbessowski”, 2) „model Hayekowski” oraz 3) „model Darwinowski”. Model Hobbesowski to oczywiście konfabulacja Tomasza Hobbesa, filozofa z XVII w. na temat pierwotnego stanu natury, w którym ludzie mieli bytować w przeszłości i panującego w nim chaosu oraz wojny wszystkich przeciwko wszystkim. Ze stanu tego ludzie wyszli na drodze umowy społecznej, która umożliwiła utworzenie państwa a następnie samego prawa. Z kolei model Hayekowski wiąże genezę prawa prymitywnego z kolektywnymi instynktami ludzi pierwotnych, którymi miałyby być solidarność i altruizm. Natomiast prawo nowoczesne powstało z potrzeby tłumienia tych instynktów na rzecz egoizmu i indywidualizmu.

Jeśli chodzi o trzeci z modeli genezy prawa, tak zwany „model Darwinowski” jest to w istocie model skonstruowany przez Wojciecha Załuskiego. Model ten z pewnością nie pochodzi od Darwina, gdyż on nie zajmował się genezą prawa. Był niedoszłym lekarzem i przyrodnikiem, którego interesował rozwój gatunków i pochodzenie człowieka, jako istoty żywej. Autor omawianej w tym miejscu książki napisał to *expressis verbis*, a mimo to przypisał Darwinowi wspomniany model genezy prawa (*vide* s. 87 i s. 94). Zgodnie z tym trzecim modelem – zacytujmy Autora – „wszystkie rodzaje prawa, zarówno prymitywne, jak i nieprymitywne można rozumieć, jako wyraz naszych naturalnych kooperatywnych dyspozycji oraz mechanizm wspierający te dyspozycje i poszerzający zakres ich funkcjonowania”.

Moim zdaniem wymienione trzy modele to *fabulae mundi* bez najmniejszego odniesienia do rzeczywistości. Z całą pewnością za całkowicie bajeczny należy uznać model Hobbesowski. Dyskusja nad tym modelem nie może być w żadnym razie uważana za naukową. Nie istniał nigdy stan natury, o którym pisał Tomasz Hobbes. Traktowanie go na serio dzisiaj, tak jak to czyni Wojciech Załuski, jako model objaśniający genezę prawa, uważam za równoznaczne z rozważaniami na temat wiarygodności teorii geocentrycznej Ptolemeusza w 467 lat po ogłoszeniu teorii heliocentrycznej Mikołaja Ko-

pernika. Takie rozważania dzisiaj nie sposób uznać za naukowo poważne. Jeśli chodzi o dwa pozostałe modele, opierają się one na założeniach istnienia w przeszłości stanu natury, którym miałyby być „stan społeczeństw przedpaństwowych”. Według Hayeka jak też według Załuskiego i rzekomo Darwina był to stan porządku społecznego, w którym istniało prawo zwane prymitywnym. Według każdego z tych modeli prawo powstało jako wytwór naturalnych skłonności ludzi. W modelu Hayeka powstało ono jako narzędzie instynktów kolektywistycznych, które wówczas dominowały, zaś według modelu „Darwinowskiego” powstało ono jako wyraz ludzkich naturalnych skłonności kooperacyjnych. Nawet jeśli to prawda, że ludzie mają naturalne skłonności kooperacyjne albo altruistyczne, czy takie ujęcie genezy prawa cokolwiek wyjaśnia? Już tylko jako drobiazg, warto podnieść, że F. Von Hayek odwołując się do instynktów ludzkich tłumaczył genezę moralności. Czy więc można uważać, że tego rodzaju wywody objaśniają istotnie genezę prawa?

Z „Darwinowskiego” modelu genezy prawa Autor wyprowadza też niecodzienną definicję prawa, a mianowicie: „prawo jest bytem emergentnym superwenującym na aspektach eksternalnym i internalnym” (s. 97); „prawo superwenuje na regularnościach kooperatywnych zachowań członków danego społeczeństwa i uznaniu przez nich owych regularności za wzorce powinnego zachowania” (s. 97) i podobnie w kilku innych miejscach. Definicję tę powtarza także w *Epilogu*, gdzie streszczając najważniejsze wyniki swojej pracy pisze: „Prawo (prymitywne i nieprymitywne) jest bytem emergentnym superwenującym bezpośrednio na kooperatywnych zachowaniach członków danej społeczności oraz uznaniu przez nich owych zachowań za wzorce powinnego postępowania, a pośrednio lub ostatecznie – na kooperatywnych dyspozycjach będących tworem ewolucji biologicznej” (s.173). Autor przyznaje na s. 175, że „teza, że prawo jest bytem emergentnym superwenującym ostatecznie na naszych [czyli ludzkich – dop. W.U.] kooperatywnych dyspozycjach będących tworem ewolucji, wymaga dalszych badań”.

Pojęcie „byt emergentny superwenujący” brzmi niezwykle tajemniczo. Okazuje się jednak, że są to

terminy w sumie dość proste. Jak pisze Autor na s. 95, byt emergentny to znaczy byt „wyłaniający się” z innego bytu; zaś superwenujący oznacza jedynie tyle, że byt emergentny wyłaniający się z innego bytu ustawia się na poziomie wyższym, niż byt pierwotny, z którego się wyłonił i nie może być do niego ponownie zredukowany. Właściwością bytu superwenującego jest to – zacytujmy naszego autora – że nie jest możliwa zmiana w bycie wyższego poziomu bez zmiany w leżącym u jego podstaw bycie niższego poziomu” (s.95)

W. Załuski nie objaśnił w swej pracy samego pojęcia „byt”. Jak sądzę pod pojęciem tym rozumieć należy zgodnie ze znaczeniem tego wyrazu – cokolwiek, co tylko istnieje, a więc po prostu „coś”, „cokolwiek” w świecie materialnym lub niematerialnym (duchowym, świadomościowym). Otóż, definicja prawa objaśniająca jego istotę, jako coś, cokolwiek w świecie materialnym lub duchowym, co wyłania się bezpośrednio z kooperatywnych zachowań ludzkich w sposób superwenujący, a więc nieredukowalny do tych zachowań jest definicją zasadniczo sprzeczną z wymogami logiki. Jest to definicja za szeroka, która nie zachowuje pełnej adekwatności między definiendum a definiensem. Bytem emergentnym superwenującym na ludzkich zachowaniach kooperatywnych są bowiem różne inne wzorce normatywne takie, jak obyczaj, moralność, religia, czy nawet porady małżeńskie lub seksualne. Zwłaszcza w przypadku wspomnianych porad nie można mieć chyba żadnych wątpliwości, że są to wzorce zachowań, które wyłaniają się z ludzkich zachowań kooperatywnych. Można zresztą iść dalej. Ja osobiście dostrzegam pełną zgodność między zaproponowaną przez Wojciecha Załuskiego definicją prawa, a analogiczną definicją wódki czy innego napoju wysokowego. Wódkę można przecież także określić jako byt emergentny superwenujący na ludzkich zachowaniach kooperatywnych w aspektach eksternalnym i internalnym. Alkohol powstaje przez fermentację zacieru, przygotowanego ze zboża lub ziemniaków, który następnie poddawany jest destylacji. W procesie produkcji wódki mamy więc do czynienia z wielokrotną emergencją i superwenuacją na ludzkich zachowaniach kooperatywnych. Wódki

nie da się w żaden sposób zredukować na powrót do ziemniaków. W stosunku do wyjściowego surowca jest to produkt nowy. Do definicji wódki także w pełni przystają powyżej wskazane aspekty internalny i eksternalny. W aspekcie eksternalnym to wódka na zewnątrz człowieka, a więc wódka w butelce lub w kieliszku. W aspekcie internalnym to wódka wypita i wchłaniana przez organizm człowieka, kształtująca jego zachowania.

Pozwoliłem sobie powyżej na żart, ale sprawa jest poważna i dotyczy zagadnienia poprawności naukowej. Jak można poważnie traktować definicję, której zakres znaczeniowy jest tak szeroki, jak w powyższym przypadku i tak samo jak prawo można definiować setki czy nawet tysiące różnych przedmiotów. Przecież bytami emergentnymi superwenującymi na ludzkich zachowaniach kooperatywnych są przeróżne przedmioty materialne czy wytwory kultury umysłowej człowieka. Jaki sens ma więc definicja prawa, która nie odróżnia prawa od tych innych przedmiotów?

Wyłanianie się prawa z ludzkich zachowań kooperacyjnych to bardzo niejasne i nieprzekonujące tłumaczenie genezy prawa. Nie wiadomo zresztą o jakie zachowania kooperacyjne chodzi i czy obejmują one wszystkich ludzi, czy tylko niektórych. Nie wiadomo też, gdyż Autor tego nie wyjaśnił czy chodzi o genezę prawa w przeszłości, a więc o powstanie prawa w czasach pradawnych, co sugerowałoby samo słowo geneza, czy też o powstawanie prawa w ogóle a więc o proces jego tworzenia tak w przeszłości, jak też współcześnie. Geneza, jak objaśnia W. Kopaliński, to pochodzenie, rodowód; zespół warunków powstania i rozwoju danego zjawiska<sup>4</sup>. Podejmując kwestię genezy prawa, Autor winien zająć się zasadniczo pochodzeniem, a w istocie narodzinami prawa. Zaproponowany przez niego model bynajmniej nie wyjaśnia tej kwestii, lecz przywołując jako przyczynę powstania prawa kooperacyjne zachowania ludzkie, wskazuje na przyczynę powstawania prawa pod każdą szerokością geograficzną i w każdym czasie. Tego rodzaju wyjaśnienie jest jednak najzwyczajszym ogólnikiem,

4 W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1994, s. 188.



który tak na prawdę niczego nie wyjaśnia. Jeśli dobrze rozumiem, zdaniem Autora prawo istniało i istnieje zawsze w każdym społeczeństwie, zarówno przedpaństwowym, jak też państwowym (por. s. 94). Tego rodzaju twierdzenie budzi wątpliwości w obliczu faktów, zwłaszcza w odniesieniu do odległej przeszłości albo do innych niż europejska kultur. Istniały, zwłaszcza w odległych epokach społeczeństwa zorganizowane obywające się bez prawa, w których zachowania ludzi regulowane były religią, zasadami moralności i obyczajami.

Zachowania kooperacyjne ludzi jako przyczyna powstawania prawa budzi wątpliwości w świetle różnych doświadczeń historycznych z nieodległej przeszłości. Na przykład w zbiorze pt. „Prawo Generalnego Gubernatorstwa” opracowanego przez dr. Alberta Weh’a, wydanego nakładem „Institut für deutsche Ostarbeit” przez Burgverlag Krakau w 1941 r. figuruje rozporządzenie Generalnego Gubernatora dla okupowanych polskich obszarów Hansa Franka z 31 października 1939 r. wydane „celem zwalczania czynów gwałtu w Generalnym Gubernatorstwie”<sup>5</sup>. W rozporządzeniu tym zawarto przepisy przewidujące kary śmierci za czyny wymierzone przeciwko niemieckiej władzy okupacyjnej. Zacytujmy kilka z nich: § 2 „kto umyślnie uszkadza urządzenia władz niemieckich, rzeczy służące do pracy władzom niemieckim lub urządzenia użyteczności publicznej ulega karze śmierci”; § 3 „Kto nawołuje lub zachęca do nieposłuszeństwa wobec rozporządzeń lub zarządzeń władz niemieckich podlega karze śmierci”; § 5 „Kto dopuszcza się umyślnego podpalenia i przez to uszkodzi majątek Niemca, ulega karze śmierci”; § 10 ust.(2) Kto otrzymawszy wiadomość o nielegalnym posiadaniu broni przez innego zaniecha bezzwłocznie uwiadomić o tym władzę, ulega karze śmierci” i inne podobne przepisy karne. W związku z tym oraz wieloma innymi analogicznymi aktami prawnymi z czasów II wojny światowej rodzi się pytanie, czy akty te były

rzeczywiście wytworem kooperacyjnych zachowań ludzkich. Przecież były one wymierzone przeciwko narodowi polskiemu i zmierzały do utrzymania go w posłuszeństwie w stosunku do okupacyjnej władzy. Trudno sobie wyobrazić, że ktokolwiek z Polaków zamieszkujących Generalne Gubernatorstwo uważał ten akt za zgodny z jego wolą i stanowiący wynik kooperacyjnych zachowań ogółu społeczeństwa polskiego.

Owszem, można by w tym akcie dostrzegać praktyczne wcielenie w życie darwinowskiej walki o byt, którego przejawem był zamiar całkowitej dominacji narodu niemieckiego jako silniejszego i doskonalszego rasowo nad narodem polskim, gorszym przeznaczonym do służby na rzecz niemieckich panów. Nie wydaje mi się by można rozpatrywać genezę prawa w kategoriach oderwanych od rzeczywistości historycznej tworząc jakieś *fabulae mundi*. Wyzwolenie od fetyszu faktu, o czym pisał Leszek Kołakowski, to droga prowadząca do nikąd.

W 1996 r. amerykański fizyk Alan Sokal napisał artykuł pt. *Transgressing the boundaries: Toward a transformative hermeneutics of quantum gravity* [„Przekraczając granice: ku transformatywnej hermeneutyce kwantowej grawitacji”], w którym między innymi zakwestionował w pierwszej kolejności obiektywność praw fizyki. Zwracał uwagę na względność praw przyrody i ich zależność od warunków społecznych i ideologii. W licznych przykładach pokazywał możliwość zastosowania teorii matematycznych i fizycznych do wyjaśniania zjawisk społecznych lub psychologicznych. Artykuł Sokala został opublikowany w renomowanym amerykańskim czasopiśmie socjologicznym „Social Text”<sup>6</sup>. Wyróżniały go skomplikowany język naukowy, mnogość przypisów i niezwykle obszerna bibliografia. Został z bardzo wielkim uznaniem przyjęty w kręgach czytelników wspomnianego pisma.

Po pewnym czasie Alan Sokal na łamach innego czasopisma oświadczył, że jego artykuł o transformatywnej hermeneutyce kwantowej grawitacji był stekiem bzdur i został napisany z intencją wyśmiania obecnego w naukach społecznych lewicowego nurtu postmodernistycznego, w którym promuje

5 [A.] Weh, *Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i szczegółowym skorowidzem*, Burgverlag Krakau, Nakładem „Institut für deutsche Ostarbeit” 1941, nr C 305. Rozporządzenie celem zwalczania czynów gwałtu w Generalnym Gubernatorstwie z 31 października 1939 r.

6 „Social Text” 46–47, 1996, s. 217–252.



się w istocie pseudonaukowy żargon bez rzeczywistej treści. Artykuł Sokala wywołał poruszenie w wielu środowiskach naukowych, zwłaszcza w socjologii, filozofii i kulturoznawstwie<sup>7</sup>. Burzę tę spotęgowało opublikowanie przez wspomnianego Sokala we współpracy z Jeanem Brickmontem

książki pt. *Fashionable Nonsense* [„Modne bzdury”], w której autorzy poddali druzgoczącej krytyce poglądy wielu współczesnych koryfeuszy wspomnianych wyżej dyscyplin wiedzy<sup>8</sup>. Myślę, że przypadek Sokala jest co najmniej wart przypomnienia także wśród prawników.

---

<sup>7</sup> Zob. A. Łodyński, *Wojny naukowe (postmodernizm w nauce)*, na podstawie publikacji w internecie pod adresem: [http://www.niniwa2.cba.pl/wojny\\_naukowe.htm](http://www.niniwa2.cba.pl/wojny_naukowe.htm) [dostęp: 13 marca 2010, godz. 15:12].

---

<sup>8</sup> A. Sokal, J. Brickmont, *Modne bzdury: o nadużywaniu pojęć z zakresu nauk ścisłych przez postmodernistycznych intelektualistów*, przekł. P. Amsterdamski, Warszawa 2004.



### Wojciech Załuski

Wojciech Załuski, 1978, dr hab nauk prawnych (specjalność: filozofia prawa), dr filozofii (specjalność: filozofia nauki), adiunkt w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej UJ.

Wojciech Załuski

## Fabula libri

### Odpowiadając prof. Wacławowi Uruszczakowi

Zdarza się niekiedy, że autor, czytając tekst poświęcony własnej książce, ma dziwne poczucie nierozpoznawania w nim swoich prze-myśleń, które chciał przekazać czytelnikowi: w tekście pada tytuł książki, pojawiają się cytaty z niej, jednak tekst nie mówi o wielu wątkach książki, które autorowi wydają się ważne, a te wątki, o których mówi, są zaprezentowane w formie niemal karykaturalnej. Takie poczucie autora można nazwać poczuciem *fabula libri* – poczuciem, że ma się do czynienia z bajką o książce, w której trudno rozpoznać samą książkę.

Poczucie *fabula libri* towarzyszyło niestety mojej lekturze tekstu prof. Wacława Uruszczaka, krakowskiego historyka prawa, na temat jednego z rozdziałów mojej książki *Ewolucyjna filozofia prawa*. W swoim tekście prof. Uruszczak formułuje kilka zarzutów pod adresem książki, kończąc go fragmentem, który – jeśli dobrze rozumiem intencję tego fragmentu – ma sugerować czytelnikowi, że książka ma taką mniej więcej wartość naukową jak postmodernistyczne teksty – bełkotliwe, pretensjonalne, świadczące o niekompetencji naukowej ich autorów. Nie chciałbym w mojej odpowiedzi skupiać się dłużej na tym ostatnim fragmencie, który, przyznaję, przeczytałem z przykrością (tym bardziej, że tradycja postmodernistyczna jest biegunowo przeciwna tradycji analitycznej, do której czuję się przywiązany). Powiem tylko, że ten bardzo silny zarzut jest po prostu gołosłowny: w tekście prof. Uruszczaka nie pojawia się żaden argument na rzecz tezy o mojej niekompetencji w obszarze naukowym, któremu poświęcona jest książka, tj. w obszarze filozofii prawa, filozofii nauki, oraz biologii ewolucyjnej. Zostawiam ten wątek w tym miejscu: dowodzenie własnej kompetencji przez przytaczanie takich czy innych faktów wydaje mi się zadaniem co najmniej kłopotliwym i niewdzięcznym, dlatego nie mam zamiaru tego zadania się podejmować; wolę przejść do skomentowania dwóch zarzutów merytorycznych, które prof. Uruszczak formułuje w swoim tekście. Aby komentarz uczynić klarownym, poprzedzę go krótką charakterystyką celów mojej książki. Otóż książka ta jest próbą swego rodzaju dedukcji odpowiedzi na ważne pytania filozoficzno-prawne (o genezę i naturę prawa, o cele prawa, o naturę normatywności, o naturę

poczucia sprawiedliwości) z ewolucyjnej wizji natury ludzkiej, tj. wizji zrekonstruowanej w oparciu o osiągnięcia współczesnej teorii ewolucji. Próba takiej ‘dedukcji’ wydała mi się o tyle potrzebna, że współczesna teoria ewolucji mówi szczególnie wiele ciekawych rzeczy na temat natury człowieka, które – jak sądzę – mają istotne implikacje dla naszego rozumienia natury moralności i prawa. Pod adresem rozdziału 2 tej książki prof. Uruszcak formułuje dwa zarzuty.

Pierwszy zarzut dotyczy prezentowanych przeze mnie modeli genezy prawa: modelu Hobbesowskiego, modelu Hayekowskiego, i modelu, który – z racji tego, że (jak argumentuję) jest najbardziej przekonujący z perspektywy teorii ewolucji – nazywam ‘Darwinowskim’. Zarzut ten, jeśli dobrze go rozumiem, ma kilka odrębnych wątków. Następujący wątek wydaje mi się zasadniczy: prof. Uruszcak twierdzi, że te trzy modele to „*fabulae mundi* bez najmniejszego odniesienia do rzeczywistości”, przy czym nazwie *fabula mundi* nadaje taki sens, jaki nadał jej Leszek Kołakowski w znanym esej *Fabula mundi i nos Kleopatry*. Wg Kołakowskiego *fabulae mundi* to wyjaśnienia obecnego stanu rzeczy poprzez wymyślanie opowieści – fikcyjnych lub rzeczywistych – o jego genezie, przy czym dla osoby dostarczającej takich wyjaśnień jest bez znaczenia, czy opowieści te są fikcyjne czy rzeczywiste. Kołakowski nie był przeciwnikiem dostarczania *fabulae mundi*, o ile ich twórcy są świadomi, że „mogło być inaczej”, tj. parafrazując, o ile nie uznają swoich opowieści za bezspornie prawdziwe i próbują poddać je falsyfikacji. Jak łatwo zauważyć, pojęcie *fabula mundi* jest pojęciem dość wieloznacznym, obejmującym co najmniej dwa różne pojęcia, które nazwę ‘akceptowalną *fabula mundi*’ i ‘nieakceptowalną *fabula mundi*’ (prof. Uruszcak nie wprowadza tego rodzaju dystrynkcji, moich zdaniem niezbędnych, przez co jego zarzut jest dla mnie niezbyt jasny i dlatego wymagający interpretacji): akceptowalna *fabula mundi* to taka opowieść o genezie danego zjawiska, która a) jest interesująca, tj. skupia się na istotnych aspektach tego zjawiska i jego genezy; b) jej autor chce, aby była rzeczywista i za taką ją

uważa; c) jej autor uznaje ją za podatną na falsyfikację; natomiast nieakceptowalna *fabula mundi* to taka, która nie spełnia co najmniej jednego z trzech podanych wyżej warunków akceptowalnej *fabula mundi*. Dysponując tymi dwoma pojęciami *fabula mundi* można zarzut prof. Uruszcaka interpretować jako mówiący, że moje ujęcie genezy prawa jest nieakceptowalną *fabula mundi* z racji niespełnienia przez nią żadnego z trzech kryteriów a)-c) akceptowalnej *fabula mundi*. Co do kryterium a): trudno mi jest dyskutować z tezą, że aspekty uwzględniane w proponowanych przeze mnie modelach są nieistotne, ponieważ wybór między aspektami istotnymi i nieistotnymi jest – w dużym stopniu – kwestią oceną, zależną od zainteresowań badawczych osoby tworzącej czy komentującej dane modele. W książce wyróżniam modele przede wszystkim na podstawie ich założeń na temat natury ludzkiej (istnienia lub braku określonych skłonności naturalnych) i próbuję je oceniać z punktu widzenia teorii ewolucji. Z perspektywy historycznych zainteresowań prof. Uruszcaka tak wyróżnione modele mogą się wydawać całkowicie nieciekawe, bo zbyt ogólnikowe i nie odpowiadające na żadne z ciekawiających prof. Uruszcaka pytań. Z perspektywy moich filozoficznych zainteresowań, są one jednak ciekawe, gdyż wiążą się z ciekawymi mnie pytaniami a także mają nie-trywialne konsekwencje w obszarze filozofii politycznej; tytułem przykładu: Hayek uznawał swoje ujęcie genezy prawa za argument na rzecz tezy o kruchości mechanizmów rynkowych (gdyż wg Hayeka indywidualistyczne prawo nowoczesne, mające przede wszystkim gwarantować możliwie szeroką sferę wolności osobistej i ekonomicznej, jest sprzeczne z naszymi naturalnymi – kolektywistycznymi i solidarystycznymi – skłonnościami), oraz jako argument przeciw utylitaryzmowi (wg Hayeka utylitaryzm jest przejawem ludzkiej atawistycznej tęsknoty za okresem, w którym nasi przodkowie żyli w kolektywistycznym społeczeństwach). Otóż tego rodzaju relacje między problematyką genezy prawa i problematyką filozofii politycznej (a także np. problematyką ontologii prawa) można dostrzec tylko wtedy, gdy modele genezy zbuduje się w oparciu o dostatecznie ogólne kryteria. Kończąc ten wątek, pragnę jeszcze

podkreślić, że nie widzę koniecznej sprzeczności w podejściu moim i prof. Uruszcza do problemu genezy prawa: w badaniach nad genezę prawa czy moralności jest na pewno miejsce na refleksję filozoficzną i refleksję historyczną, gdyż oba typy refleksji są tak naprawdę komplementarne. Jeśli chodzi o pozostałe kryteria oceny akceptowalności fabula mundi, także nie mogę się zgodzić, że zaprezentowane przez mnie modele ich nie spełniają. Co do kryterium b): nie jest mi obojętne, czy moje modele są fikcyjne czy rzeczywiste; celem moich rozważań w komentowanych przez prof. Uruszcza rozdziale mojej książki jest właśnie wykazanie, że jeden z tych modeli jest najbardziej przekonujący w świetle teorii ewolucji, i dlatego można nazwać go 'Darwinowskim'. Mój argument nie jest więc spekulatywny, tzn. abstrahujący od faktów: teoria ewolucji, którą stosuję w celu rekonstrukcji wizji natury ludzkiej, jest teorią naukową znakomicie potwierdzoną wieloma świadectwami empirycznymi; w swojej argumentacji powołuje się także na wyniki prymatologii, antropologii (badań Malinowskiego czy Boehma), czy (w mniejszym stopniu) neuroscienze. Co do kryterium c): uważam, że model nazwany przeze mnie 'Darwinowskim' jest modelem najlepiej potwierdzonym w świetle istniejących teorii, nie uważam go jednak za prawdziwy: dalsze badania nad umysłem ludzkim mogą pokazać, że np. intuicje Hayeka były w większym stopniu trafne, niż sugeruje to moja analiza. Wspomnę jeszcze o kilku mniej istotnych wątkach pierwszego zarzutu prof. Uruszcza.

(i) Prof. Uruszcza pisze:

„Z całą pewnością za całkowicie bajeczny należy uznać model Hobbesowski. Dyskusja nad tym modelem nie może być w żadnym razie uważana za naukową. Nie istniał nigdy stan natury, o którym pisał Tomasz Hobbes. Traktowanie go na serio dzisiaj, tak jak to czyni Wojciech Załuski, jako model objaśniający genezę prawa, uważam za równoznaczne z rozważaniami na temat wiarygodności teorii geocentrycznej Ptolemeusza w 467 lat po ogłoszeniu teorii heliocentrycznej Mikołaja Kopernika. Takie rozważania dzisiaj nie sposób uznać za naukowo poważne”.

Zgadzam się z prof. Uruszcza, że model Hobbesowski jest bajeczny, choć sam użyłbym raczej terminu 'fałszywy', jeśli termin 'bajeczny' miałby sugerować jego całkowitą absurdalność. Warto bowiem podkreślić, że model Hobbesowski był przyjmowany, *explicite* lub – częściej – *implicite*, przez wszystkich myślicieli uważających, że prawo przeciwdziała naszym naturalnym skłonnościom. Jeśli zaś chodzi o kwestię metodologiczną – kwestię, co można uważać za naukowo poważne lub niepoważne, wydaje mi się, że wskazanie nowych i interesujących argumentów przeciw pogładowi składającemu powszechnie uważanemu za błędny, nie można uznać za 'naukowo niepoważne'. Takim argumentem w kontekście krytyki modelu Hobbesowskiego jest odwołanie się do ewolucyjnej wizji umysłu, która sugerują istnienie w naszym wyposażeniu filogenetycznym kooperatywnych skłonności ukształtowanych przez ewolucyjne mechanizmy doboru naturalnego i płciowego. Argumentację przeciw modelowi Hobbesowskiemu uważam jednak oczywiście za mniej istotny wątek mojej książki niż argumentację na rzecz wyższości modelu 'Darwinowskiego' nad modelem 'Hayekowskim' (tylko w tym sensie zgadzam się z omawianą uwagą prof. Uruszcza na temat modelu Hobbesowskiego). Co do dwóch ostatnich modeli: jak się wydaje, oba modele równie dobrze dają się uzgodnić z faktami historycznymi (obserwowanymi zachowaniami); różnią się jednak w kwestii interpretacji tych faktów (tj. w opisie tego, jakie dyspozycje psychiczne leżą u podstaw obserwowalnych zachowań). W książce argumentuję, że w świetle teorii ewolucji interpretacja zakładana przez model Hayekowski jest mniej przekonująca niż interpretacja zakładana przed modelem, który nazwałem 'Darwinowskim'. Te ustalenia wcale nie wydają się trywialne, zważywszy choćby na rolę, jaką w filozofii politycznej Hayeka (bardzo wpływowej) ma jego wizja genezy i ewolucji moralności i prawa.

(ii) Prof. Uruszcza pisze:

„Model ten z pewnością nie pochodzi od Darwina, gdyż on nie zajmował się genezą prawa. Był niedoszłym lekarzem i przyrodnikiem, którego interesował rozwój gatunków i pochodzenie czło-

wieka, jako istoty żywej. Autor omawianej w tym miejscu książki napisał to *expressis verbis*, a mimo to przypisał Darwinowi wspomniany model genezy prawa (*vide* s. 87 i s. 94). ....Już tylko jako drobiazg, warto podnieść, że F. Von Hayek odwołując się do instynktów ludzkich tłumaczył genezę moralności.”

Kilka słów komentarza. Pragnę podkreślić, że zdanie charakteryzujące Darwina: „Był niedoszłym lekarzem i przyrodnikiem, którego interesował rozwój gatunków i pochodzenie człowieka, jako istoty żywej” nie pochodzi ode mnie (co mógłby sugerować powyższy fragment); gdybym miał syntetycznie scharakteryzować osobę Darwina, zrobiłbym to na pewno inaczej. Na s. 87 piszę natomiast faktycznie, co mam na myśli, gdy używam terminu ‘model Darwinowski’ (na s. 94 po prostu opisuję ten model):

„Nazwa ‘model Darwinowski’ może być ...myląca, ponieważ Darwin nie zajmował się w ogóle problemem genezy prawa. Będę jednak argumentował, że model ten jest najbardziej przekonujący z punktu widzenia teorii ewolucji, co uzasadnia jego nazwę”.

W żadnym miejscu nie sugeruję więc, że Darwin *expressis verbis* przyjmował taki model (choć na podstawie licznych wypowiedzi Darwina na temat natury moralności rzeczą dość łatwą byłoby bronić tezy, że taki model jest najbliższy jego poglądom). Zresztą, to, czy Darwinowi taki model byłby bliski czy nie, jest jednak z punktu widzenia mojej argumentacji kwestią zupełnie drugorzędną, i tak naprawdę niezbyt ciekawą. Jeszcze jedna uwaga na temat samej nazwy ‘model Darwinowski’: nie będę się oczywiście upierał, że nazwa, którą wybrałem dla ewolucyjnego modelu jest nazwą udaną; być może najlepiej byłoby go nazwać po prostu modelem X i argumentować, że model X jest najbardziej przekonujący z punktu widzenia teorii ewolucji. Co do ‘drobiazgu’ na temat Hayeka: faktycznie Hayek pisze *expressis verbis* o moralności (*primitive morality* i *morality of the Extender Order*; wspomina zresztą o tym w przypisie 119 na

s. 91); swojego rozróżnienia dwóch typów moralności używa jednak do zdefiniowania dwóch typów prawa, dlatego nie widzę powodów, dla których nie można by pisać o Hayekowskim rozróżnieniu między prawem prymitywnym i prawem nowoczesnym (prawem Ładu Rozszerzonego).

Drugi zarzut prof. Uruszczaka dotyczy sformułowanej przeze mnie definicji prawa, zgodnie z którą:

‘Prawo (prymitywne i nieprymitywne) jest bytem emergentnym superwenującym bezpośrednio na kooperatywnych zachowaniach członków danej społeczności oraz uznaniu przez nich owych zachowań za wzorce powinnego postępowania, a pośrednio lub ostatecznie – na kooperatywnych dyspozycjach będących tworem ewolucji biologicznej’.

Otóż prof. Uruszczak próbuje wykazać nietrafność tej definicji na dwa sposoby. Po pierwsze, argumentuje, że definicję tę spełnia także ‘wódka’, co – jak rozumiem – ma stanowić próbę sprowadzenia tej definicji do absurdu. Próba ta jest jednak nieudana (i dla mnie niestety jako ‘żart’ również nieśmieszna) z tego prostego powodu, że opiera się dowolnej interpretacji tej definicji, interpretacji całkowicie abstrahującej od sensu, jaki nadaje składającym się na nią pojęciom. Stosując taką ‘metodę’ krytyki, jest rzeczą nader łatwą sprowadzić dowolną definicję filozoficzną do absurdu. Główne uściślenia pojęciowe, które wprowadzam (w komentowanym przez prof. Uruszczaka rozdziale, ale także w rozdziale wcześniejszym, zasadniczym dla całej pracy, w którym próbuję zrekonstruować ewolucyjną wizję natury ludzkiej), są następujące:

a) stwierdzam, że punktem wyjścia dla konstrukcji mojej definicji prawa jest Hartowska dystynkcja między aspektem internalnym i eksternalnym (aspektem tym nadaję węższe znaczenie niż Hart, ponieważ piszę – w kontekście aspektu internalnego – o regularnościach zachowaniach kooperatywnych, a nie dowolnych zachowań);

b) zachowania kooperatywne definiuję, odwołując się do różnych dystynkcji wprowadzonych w ramach ewolucyjnych i teoriogrowych ujęć altruizmu (przykładowo, definicja ważnego typu zachowań kooperatywnych, jakim są zachowania wzajemnie

altruistycznie, jest następująca: zachowania kooperatywne to takie, które w grach o sumie niezerowej generują największą wspólną użyteczność);

c) przyjmując Hartowską dystynkcję między aspektem internalnym i eksternalnym oczywiście przyjmuję *ipso facto*, że ów byt o którym mowa w definicji, i który przejawia się właśnie w aspekcie internalnym i eksternalnym, to zbiór reguł społecznych.

Zaproponowana przeze mnie definicja prawa wydaje mi się nietrywialna choćby z tego powodu, że łączy pewną nieoczywistą wizję ontologii reguł prawnych (jako bytów emergentnych) z precyzacją tego, co jest niższym poziomem niż aspekt internalny i eksternalny, z którego wyłaniają się owe reguły (w moim ujęciu tym poziomem jest poziom dyspozycji ukształtowanych przez mechanizmy ewolucyjne). Oczywiście nie twierdzę, że definicja ta nie jest kontrowersyjna; wręcz przeciwnie, jest ona na pewno bardzo kontrowersyjna (definicja ta jest sprzeczna z tymi ujęciami prawa jako bytu emergentnego, które inaczej opisują najniższy poziom, z którego ów byt się wyłania, oraz z tymi ujęciami ujęcia prawa, które zakładają, że prawo nie jest bytem emergentnym). Jeśli jednak ta definicja jest nietrafna, to na pewno z innych powodów niż podane przez prof. Uruszcza. Po drugie, prof. Uruszcza mówi, że przepisy w rodzaju przepisów wydanych przez niemieckie władze okupacyjne w Generalnej Guberni (np. „Kto nawołuje lub zachęca do nieposłuszeństwa wobec rozporządzeń lub zarządzeń władz niemieckich podlega karze śmierci”) przedstawiają trudność dla mojej definicji prawa. Prof. Uruszcza pisze tak:

‘W związku z tym oraz wieloma innymi analogicznymi aktami prawnymi z czasów II wojny światowej rodzi się pytanie, czy akty te były rzeczywiście wytworem kooperacyjnych zachowań ludzkich. Przecież były one wymierzone przeciwko narodowi polskiemu i zmierzały do utrzymania go w posłuszeństwie w stosunku do okupacyjnej władzy. Trudno sobie wyobrazić, że ktokolwiek z Polaków zamieszkujących Generalne Gubernatorstwo uważał ten akt za zgodny z jego wolą i stanowiący wynik kooperacyjnych zachowań ogółu społeczeństwa polskiego’.

Jeśli dobrze rozumiem ten fragment, prof. Uruszcza twierdzi w nim, że z mojej definicji prawa wynika, że wspomniane przepisy nie były prawem, a przecież prawem były (tyle że niesprawiedliwym, narzuconym społeczeństwu wbrew jego woli). Otóż zgadzam się oczywiście z prof. Uruszcza, że faktycznie z mojej definicji prawa wynika, że owe przepisy nie były prawem (lecz raczej narzędziem przemocy stosowanym w celu zniewolenia Polaków). Wg tej definicji nie jest bowiem prawem to, co nie rozwija, lecz niszczy, tkwiący w ludzkiej naturze potencjał do podejmowania działań kooperatywnych. Moja definicja prawa ma więc prawnonaturalne konsekwencje. Nie sądzę jednak (inaczej niż prof. Uruszcza – jeśli dobrze interpretuję jego argument), aby podważało ją to w jakikolwiek sposób. Podsumowując: jeśli moja definicja prawa jest nietrafna, to jest taka z innych powodów niż wskazane przez prof. Uruszcza.

Ostatni wątek, który chciałbym poruszyć dotyczy ogólnego stwierdzenia prof. Uruszcza, że moją książkę „można zaliczyć do kategorii *fabulae mundi* [rozumiem, że chodzi o nieakceptowalną *fabula mundi* – WZ]”. Otóż nawet gdyby merytoryczne zarzuty podniesione przez prof. Uruszcza były przekonujące, to powyższe stwierdzenie wciąż byłoby nieuzasadnione: książka liczy 4 rozdziały, tekst prof. Uruszcza skupia się na wybranych wątkach zaledwie jednego z nich – rozdziału 2. Książka, wbrew sugestiom prof. Uruszcza, nie wydaje mi się napisana ‘skomplikowanym językiem naukowym’ (choć pewnie, jako autor, nie jestem najlepszym sędzią w tej sprawie): poza dość technicznymi fragmentami dotyczącymi emergencji i superwencji (które zresztą sam prof. Uruszcza uznaje za ‘w sumie dość proste’, w czym całkowicie się z nim zgadzam), jej język wydaje mi się prosty i nie-techniczny. Książka ma – wbrew sugestiom prof. Uruszcza – stosunkowo niewiele przypisów naukowych, a te, które w niej występują, mają najczęściej charakter własnego komentarza; jest natomiast faktycznie oparta na obszernej bibliografii (choć nie nazwałbym jej – jak sugeruje prof. Uruszcza – ‘niezwykle obszerną’).



red. Andrzej Skoczylas, Małgorzata Grego, Wojciech Piątek

# Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

## *Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 15 lutego 2010 r. (sygn. akt II FPS 8/09)*

Przepis art. 141 § 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U., Nr 153, poz. 1270 ze zm.) może stanowić samodzielną podstawę kasacyjną (art. 174 pkt 2 tej ustawy), jeżeli uzasadnienie orzeczenia wojewódzkiego sądu administracyjnego nie zawiera stanowiska co do stanu faktycznego przyjętego za podstawę zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Problem interpretacyjny, jaki skłonił Prezesa NSA do zainicjowania trybu uchwałodawczego, dotyczył wyjaśnienia następującej wątpliwości:

„Czy art. 141 § 4 zdanie pierwsze p.p.s.a. może stanowić samodzielną podstawę kasacyjną, służącą do kwestionowania ustaleń faktycznych przyjętych przez WSA?”

Zgodnie z powołanym art. 141 § 4 p.p.s.a. uzasadnienie wyroku

powinno zawierać zwięzłe przedstawienie stanu sprawy, zarzutów podniesionych w skardze, stanowisk pozostałych stron, podstawę prawną rozstrzygnięcia oraz jej wyjaśnienie. Jeżeli w wyniku uwzględnienia skargi sprawa ma być ponownie rozpatrzona przez organ administracji, uzasadnienie powinno ponadto zawierać wskazania co do dalszego postępowania.

Zasadniczo w orzecznictwie sądów administracyjnych wykształciły się dwa sposoby rozumienia obowiązku zwięzłego przedstawienia stanu sprawy w uzasadnieniu wyroku, co pociągało za sobą zagadnienie dopuszczalności kwestionowania w oparciu o art. 141 § 4 p.p.s.a. ustaleń faktycznych przyjętych przez sąd. Według pierwszego stanowiska, przytoczone unormowanie może posłużyć do kwestionowania ustaleń faktycznych przyjętych przez sąd I instancji. Nie wymaga ono powiązania z innymi przepisami postępowania sądowego, stanowiąc samodzielną podstawę kasacyjną. Natomiast zgodnie

z drugim poglądem, art. 141 § 4 p.p.s.a. wyklucza podważenie ustaleń faktycznych przyjętych przez WSA albo – w łagodniejszej wersji – wymaga on powiązania tego przepisu z innymi regulacjami p.p.s.a.

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie, NSA poświęcił uwagę w pierwszej kolejności znaczeniu pisemnego uzasadnienia sądu w odtworzeniu procesu myślowego sędziów. Oprócz roli wyjaśniającej prawidłowość podjętego rozstrzygnięcia, zdaniem NSA, uzasadnienie pełni ponadto funkcję dopełniającą, ponieważ bez zapoznania się z nim nie jest możliwe ustalenie zakresu powagi rzeczy osądzonej zapadłego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie orzeczenia nie sprowadza się zatem jedynie do rekapitulacji przebiegu postępowania i prezentacji stanowiska sądu, lecz stanowi ono odzwierciedlenie procesu myślowego sędziów.

Odnosnie do przedstawionych rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, NSA wskazał wyraźnie, że przez stan

sprawy, o którym jest mowa w art. 141 § 4 p.p.s.a., należy rozumieć nie tylko zwięzłe przedstawienie dotychczasowego przebiegu postępowania, ale także, jako wyodrębniony element, stan faktyczny przyjęty przez sąd. Sąd administracyjny nie posiada co prawda kompetencji do dokonywania ustaleń stanu faktycznego w będącej przedmiotem kontroli sprawy administracyjnej. Obowiązkiem sądu pozostaje natomiast zbadanie, czy organ dokonując ustalenia stanu faktycznego nie naruszył w istotny sposób przepisów postępowania administracyjnego, oraz zajęcie stanowiska, jaki stan faktyczny został przyjęty przez sąd. Warto również podkreślić, że ciążący na WSA obowiązek wyeksponowania obranego stanu faktycznego wynika bezpośrednio z art. 188 p.p.s.a., który daje NSA możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego na podstawie stanu faktycznego przyjętego w zaskarżonym wyroku.

Następstwem przyjęcia lub zanegowania przez WSA stanu faktycznego ustalonego przez organ administracji pozostaje jego weryfikacja w trybie instancyjnym. Dokonując kontroli legalności działania administracji publicznej, sąd nie może bezkrytycznie przyjmować ustaleń przyjętych w postępowaniu administracyjnym. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem NSA, art. 141 § 4 p.p.s.a. może stanowić samodzielłą podstawę kasacyjną (art. 174 pkt 2 p.p.s.a.), gdy uzasadnienie WSA w ogóle nie zawiera stanowiska odnośnie do stanu faktycznego przyjętego za pod-

stawę rozstrzygnięcia. Jeżeli jednak uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia wskazuje, jaki stan faktyczny sprawy został przez sąd przyjęty i dlatego, wówczas art. 141 § 4 p.p.s.a. nie może stanowić wystarczającej podstawy kasacyjnej. Bez odniesienia się bowiem do treści np. art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w powiązaniu z odpowiednimi przepisami postępowania administracyjnego nie jest możliwe skuteczne zakwestionowanie stanowiska sądu pierwszej instancji, który formalnie wywiązał się z nałożonego na niego obowiązku, ale w ocenie strony przyjęte ustalenia są merytorycznie błędne.

Przedstawiona pokrótce uchwała NSA stanowi nie tylko interpretację rozbieżności ujawnionych w orzecznictwie sądów administracyjnych, lecz również istotną wskazówkę, w jaki sposób należy konstruować zarzut kasacyjny naruszenia przepisów postępowania, gdy strona skarżąca kwestionuje stan faktyczny przyjęty w orzeczeniu sądu I instancji. Inspirujące pozostają również rozważania NSA na temat dopełniającej roli uzasadnienia wyroku WSA, która nie sprowadza się tylko do wyjaśnienia przebiegu dotychczasowego postępowania sądowego. Mogą one stanowić ważny punkt w dyskusji na temat znaczenia uzasadnienia orzeczenia, jaka wywiązała się w związku z powzięciem w dniu 26 października 2009 r. uchwały pełnego składu NSA (sygn. akt I OPS 10/09, ONSAiW-SA 2010, nr 1, poz. 1) w zdaniach odrębnych do tejże uchwały.

**Opracował: Wojciech Piątek**

## **Wyrok NSA z 14 stycznia 2010 r. (I FSK 1724/08)**

**Wezwanie do uzupełnienia braku pełnomocnictwa należy wysłać na adres strony, a nie jej pełnomocnika.**

W rozpatrywanej przez NSA sprawie kwestię sporną stanowiła skuteczność uzupełnienia braków w zakresie pełnomocnictwa na etapie postępowania zażaleniego, w przypadku gdy braki te stanowiły przyczynę pozostawienia bez rozpatrzenia pism składanych przez stronę w toku postępowania. Ustalono, że pełnomocnik, który złożył wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji oraz odwołanie od decyzji organu podatkowego, legitymował się pełnomocnictwem do samodzielnego reprezentowania spółki w zakresie zwykłego zarządu (w tym do zawierania umów i dokonywania rozliczeń finansowych) przed urzędami skarbowymi (...) i innymi organami administracji państwowej (...) oraz do dokonywania wszelkich czynności niezbędnych do prowadzenia działalności (...), a także był upoważniony do udzielania dalszych pełnomocnictw. Zgodnie z panującym w doktrynie i orzecznictwie poglądem złożenie odwołania od decyzji organu podatkowego jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, a co za tym idzie do skutecznego dokonania tej czynności wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe bądź szczególne. W związku z powyższym organ wezwał stronę do potwierdzenia,

czy pełnomocnictwo to obejmuje również występowanie w imieniu strony w postępowaniu odwoławczym. Z uwagi na bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu organ pozostawił odwołania i wnioski strony bez rozpatrzenia. Na te postanowienia strona wniosła zażalenia, a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków formalnych wniesionych zażaleń przedłożyła pismo, z którego bezspornie wynikało, iż pełnomocnik spółki od chwili udzielenia mu pełnomocnictwa był upoważniony do składania odwołań od decyzji organów podatkowych i reprezentowania tejże spółki w postępowaniu odwoławczym przed tymi organami. W konsekwencji, na etapie postępowania zażaleniowego, organ II instancji posiadał już potwierdzenie umocowania pełnomocnika do podejmowania działań w postępowaniu odwoławczym oraz do udzielania w tym zakresie dalszych pełnomocnictw. Powyższe legło u podstaw orzeczenia o uchyleniu

przez WSA postanowień organów obu instancji o pozostawieniu tych podań bez rozpatrzenia. W wyniku rozpatrzenia skargi kasacyjnej organu Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że skoro wątpliwości odnośnie do zakresu pełnomocnictwa zostały w wystarczający sposób wyjaśnione, należało otworzyć stronie drogę do skorzystania z prawa do pełnego rozpatrzenia jej pism. Na etapie postępowania zażaleniowego nie było już bowiem wątpliwości co do zakresu umocowania pełnomocnika, dlatego należało podjąć kroki umożliwiające stronie uzyskanie rozstrzygnięcia merytorycznego, a nie tylko formalnego, jej odwołań i wniosków.

Na uwagę zasługują dwie poruszone w toku postępowania kwestie. Po pierwsze, wezwanie do uzupełnienia braku pełnomocnictwa wysłano na adres strony, a nie jej pełnomocnika. Praktyka ta słusznie została uznana przez NSA za prawidłową, ponieważ istnienie wątpliwości odnośnie

do zakresu pełnomocnictwa i podjęcie próby wyjaśnienia tego problemu nie mogą być podstawą zarzutu naruszenia prawa strony do czynnego udziału w postępowaniu na skutek skierowania korespondencji bezpośrednio do strony z pominięciem pełnomocnika. Po drugie, należy zgodzić się z ideą omawianego orzeczenia, które wyraźnie odwołuje się do konieczności kierowania się przez organy podatkowe jedną z podstawowych zasad postępowania podatkowego, tj. podejmowania przez organy podatkowe działań zmierzających do załatwienia sprawy, pod którym NSA rozumie przede wszystkim rozstrzygnięcie jej co do istoty. Powyższe było możliwe w omawianej sprawie, albowiem z perspektywy organu rozpatrującego zażalenie strony brak było już przeszkód do rozpoznania sprawy w pełnym zakresie i rozstrzygnięcia jej pod względem merytorycznym.

**Opracowała: Małgorzata Grego**

# Przegląd orzecznictwa – prawo karne (cz. I)

## **Uchwała SN z 25 maja 2010 r. (I KZP 5/09)**

Przepis art. 4 ust. 1a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 424 ze zm.) nie stanowi samodzielnej podstawy normatywnej do ustalania terminu przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych określonych w art. 2 ust. 1 tej ustawy, a przy ustalaniu tym konieczne jest uwzględnienie przepisów regulujących przedawnienie karalności przestępstw zawartych w przepisach Kodeksu karnego z 1969 r. (po nowelizacji z dnia 7 lipca 1995 r., Dz.U. Nr 95, poz. 475), Kodeksu karnego z 1997 r. oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554 ze zm.).

Prawo karne materialne to najbardziej gwarancyjna gałąź prawa, którą rządzą tak fundamentalne zasady, jak *nullum crimen*

*sine lege, nulla poena sine lege* czy *lex retro non agit*. Przywołanie tych zasad w kontekście instytucji przedawnienia ma o tyle znaczenie, że ustawowo określony wpływ terminu przedawnienia konkretnego przestępstwa stanowi gwarancję niekaralności dla jego sprawcy. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 czerwca 2002 r., odnosząc się do daty 1 stycznia 1990 r. jako rozpoczynającej bieg terminu przedawnienia (wskazanej także pierwotnie w art. 4 ust. 1a ustawy o IPN), stwierdził, że na gruncie obowiązującego prawa w ogóle nie jest możliwa „reaktywacja” terminu przedawnienia, które już raz nastąpiło, i jedynie pozornie data ta rozpoczyna ów bieg na nowo. Pozorność ta, jak wywiódł Sąd Najwyższy, wynika z dyrektyw wynikających z przepisu art. 44 Konstytucji, który przewiduje zawieszenie biegu terminu przedawnienia w stosunku do przestępstw nieściganych z przyczyn politycznych, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub na ich zlecenie, do czasu ustania

tych przyczyn. W takich przypadkach termin przedawnienia w ogóle biegu nie rozpoczął i dlatego to data 1 stycznia 1990 r., wiążąca się wszak z przełomem ustrojowym i ustaniem przyczyn zaniechania ścigania tych przestępstw, bieg ten rozpoczyna. Określenie przez ustawodawcę daty rozpoczęcia biegu przedawnienia przestępstw wskazanych w art. 9 § 1 p.w.k.k. (art. 108 § 2 k.k. z 1969 r.) na dzień 1 stycznia 1990 r., którą to datę wskazywał pierwotnie również art. 4 ust. 1a ustawy o IPN, jest rozwiązaniem uwzględniającym standardy konstytucyjne.

Sąd Najwyższy zaakceptował zatem stanowisko Sądu Okręgowego w L., wskazującego, że przedawnienie karalności zbrodni komunistycznych oceniać należy z uwzględnieniem dotychczasowych regulacji zawartych w kodeksach karnych z 1969 r. oraz z 1997 r., a także na podstawie przepisów wprowadzających ten ostatni kodeks.

Nie ulega wątpliwości, że to z datą 1 stycznia 1990 r. zadeklaro-

wano nastąpienie zmiany ustrojowej i całego porządku prawnego, odtąd zmierzającego do realizacji zasad demokratycznego państwa prawnego, jak ujęto to w art. 2 Konstytucji. Z tym dniem zatem, w sferze prawnej, ustały przyczyny polityczne stojące na przeszkodzie ściganiu przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy państwa totalitarnego, w rozumieniu art. 44 Konstytucji. Skoro tak, to ten przepis konstytucyjny – *a contrario* – wprost uniemożliwia taką interpretację art. 4 ust. 1a ustawy o IPN, która skutkowałaby pominięciem upływu terminu przedawnienia karalności w nowych już warunkach ustrojowych, a w istocie przywróceniem tej karalności.

### **Postanowienie SN z 29 czerwca 2010 r. (I KZP 6/10)**

Bezwzględna przyczyna uchylenia orzeczenia – o której jest mowa w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k., a nadto w zw. z art. 79 § 4 k.p.k. – zachodzi, gdy w postępowaniu przed sądem oskarżony nie miał obrońcy lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy, wówczas gdy: 1. organ procesowy powziął wątpliwości co do tego, czy sprawca mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenie lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1 k.p.k.), albo czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem nie była w znacznym stopniu ograniczona (art. 31 § 2

k.p.k.), a także wówczas, gdy co prawda brak wątpliwości wskazanych wyżej, ale istnieją one, w ocenie organu procesowego, co do tego, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala na jego udział w postępowaniu, a jeśli nawet tak, to czy może w tym stanie zdrowia prowadzić samodzielną, rozsądną obronę, i w celu wyjaśnienia którejkolwiek z tych wątpliwości dopuścił dowód z opinii biegłych lekarzy psychiatrów (art. 202 § 1 k.p.k.) – od momentu powzięcia tych wątpliwości, a więc również przed złożeniem przez biegłych opinii;

2. biegli lekarze psychiatrzy stwierdzili, iż sprawca nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1 k.k.), a także gdy stwierdzili, że w czasie popełnienia przestępstwa jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona (art. 31 § 2 k.k.), a także wówczas, gdy biegli wprawdzie nie stwierdzili zniesionej lub ograniczonej w stopniu znacznym poczytalności sprawcy *tempore criminis*, ale organ procesowy nadal ma wątpliwości w tej kwestii i podejmuje dalsze czynności, zmierzające do zweryfikowania zasadności tych wątpliwości;

3. nie zachodzą wprawdzie okoliczności wymienione wyżej w pkt 2., ale z opinii biegłych lekarzy psychiatrów wynika, że ze względu na stan zdrowia psychicznego oskarżonego

*tempore procedendi* nie jest on w stanie brać udziału w postępowaniu lub, co najmniej, nie może bez pomocy obrońcy prowadzić rozsądnej obrony albo – pomimo braku zastrzeżeń ze strony biegłych lekarzy psychiatrów także i w którejkolwiek z tych kwestii – organ procesowy nie usunął swych wątpliwości i zmierza do ich potwierdzenia lub wykluczenia.

### **Postanowienie SN z 29 czerwca 2010 r. (I KZP 8/10)**

Niewskazanie przez właściciela lub posiadacza pojazdu na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w okolicznościach, o których mowa w art. 78 ust. 4 p.r.d., może stanowić wykroczenie z art. 97 k.w.

Rozpatrując zagadnienie prawne przekazane przez Sąd Okręgowy w W., Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały z powodu braku przesłanki formalnej. Uznając jednak zasadniczą doniosłość poruszanej tematyki, w uzasadnieniu zawarł stanowisko dotyczące odpowiedzialności właściciela lub posiadacza pojazdu za wykroczenie z art. 97 k.w. w razie odmowy ujawnienia osoby, której powierzył pojazd do kierowania lub użytkowania. SN stwierdził, że użyty w art. 97 k.w. zwrot „innym przepisom” obejmuje nie tylko przepisy związane z porządkiem i bezpieczeństwem ruchu na drogach, które zostały zamieszczone w Rozdziale 5 p.r.d., ale także dotyczące

bezpieczeństwa lub porządku ruchu na drogach publicznych zawarte w innych rozdziałach omawianej ustawy, w tym także w Dziale III Rozdział 2 odnośnie do warunków dopuszczenia pojazdów do ruchu. Dlatego też art. 97 k.w., jako przepis blankietowy, zostanie wypełniony w wypadku naruszenia przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym wówczas, gdy nastąpi naruszenie innych niż stypizowane w art. 84 – 96a k.w. przepisów o bezpieczeństwie lub porządku ruchu i dotyczyć będzie ruchu na drogach publicznych. Zamieszczony w Dziale III Rozdział 2 przepis art. 78 ust. 4 p.r.d. związany jest z porządkiem ruchu na drogach, bo dotyczy możliwości ustalenia, kto kierował lub był użytkownikiem danego pojazdu. Konieczność zidentyfikowania kierowcy może mieć także związek z bezpieczeństwem ruchu, np. dla ustalenia, czy osoba, która kierowała pojazdem, miała wymagane uprawnienia. SN podkreślił, że „celem art. 78 ust. 4 p.r.d. jest co prawda ułatwienie ustalenia ewentualnego sprawcy przestępstwa lub wykroczenia drogowego, lecz nie jest to cel jedyny; ustawa nakładając ten obowiązek na właściciela lub użytkownika pojazdu zapewnia także porządek w ruchu drogowym przez to, że pozwala na identyfikowanie wszystkich uczestników ruchu drogowego, niezależnie od tego, kiedy powstanie taka potrzeba, tj. w czasie ruchu pojazdu czy potem. Nadto należy zwrócić uwagę, że skoro ustawodawca ułożył tę normę prawną w ustawie Pra-

wo o ruchu drogowym, to w ten sposób wskazał, iż obowiązek wynikający z tego przepisu dotyczy ruchu drogowego, który podlega regułom określającym pewien porządek, w ramach którego może zachodzić potrzeba ustalenia uczestnika tego ruchu. Potwierdzeniem tej funkcji jest podobne unormowanie zawarte w art. 44 ust. 1 pkt 4 p.r.d. Przepis ten nakłada na kierującego pojazdem, w razie uczestniczenia w wypadku drogowym, obowiązek podania swoich danych personalnych, danych personalnych właściciela lub posiadacza pojazdu (...), na żądanie osoby uczestniczącej w wypadku. Naruszenie tego obowiązku może stanowić wykroczenie z art. 97 k.w. W obu wypadkach, tj. przewidzianym w art. 44 ust. 1 pkt 4 i art. 78 ust. 4 p.r.d., ustawodawca nakłada ten sam obowiązek, tzn. wskazania danych personalnych kierującego pojazdem, głównie w celu ułatwienia ustalenia sprawcy przestępstwa lub wykroczenia drogowego.

Zatem, zdaniem SN, gdy właściciel lub posiadacz pojazdu nie wskaże na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania, takie zachowanie wypełni przepis blankietowy art. 97 k.w. w związku z art. 78 ust. 4 p.r.d. poprzez naruszenie „innych przepisów” o porządku na drogach publicznych, co równocześnie stanowić będzie naruszenie obowiązku udzielenia właściwemu organowi państwowemu lub instytucji, upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania, wiadomości co do tożsamości

innej osoby, co stanowi wykroczenie z art. 65 § 2 w zw. z art. 65 § 1 pkt 1 k.w. Rozważając odpowiedzialność na gruncie art. 97 k.w. w związku z art. 78 ust. 4 p.r.d., trzeba zwrócić uwagę, że wypełnienie dyspozycji blankietowej z art. 97 k.w. znamionami zawartymi w przepisie art. 78 ust. 4 p.r.d. oznacza, iż choć wykroczenie z art. 97 k.w. może zostać popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 5 k.w.), to zaniechanie opisane w art. 78 ust. 4 p.r.d., a polegające na niewykonaniu obowiązku wskazania tożsamości osoby, której powierzono pojazd, wymaga wykazania, iż osoba zobowiązana posiadała taką wiedzę i odmawiała jej przekazania uprawnionemu organowi. (...) właściciel lub posiadacz pojazdu wezwany do podania tożsamości osoby, której powierzył pojazd, narusza ten przepis wówczas, gdy pojazd został użyty zgodnie z jego wolą i wiedzą przez osobę mu znaną, a więc gdy wie, kto kierował lub używał jego pojazdu w oznaczonym czasie. W takiej sytuacji niewypełnienie obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d. jest umyślnym zachowaniem. Dlatego też wykroczenie z art. 97 k.w. w związku z art. 78 ust. 4 p.r.d. ma charakter wykroczenia umyślnego. W konsekwencji trzeba stwierdzić, że w sytuacji, gdy z natury „innego przepisu” zawartego w aktach prawnych dotyczących bezpieczeństwa lub porządku ruchu na drogach publicznych wynika, że wymagane jest umyślne zachowanie, to wykroczenie z art. 97 k.w. może zostać popełnione tylko umyślnie.



**Postanowienie SN  
z 29 czerwca 2010 r.  
(I KZP 7/10)**

**Chwilą popełnienia przestępstwa określonego w art. 212 § 2 k.k., polegającego na umieszczeniu w sieci internet treści o charakterze zniesławiającym, jest chwila dokonania danego wpisu, a nie jego usunięcia.**

Przestępstwo to – podobnie jak każde inne – popełnione jest wówczas, gdy sprawca swoim zachowaniem wyczerpie wszystkie znamio-

na określone w przepisie karnym. Sąd Najwyższy nie podziela, że w przypadku przestępstw internetowych, polegających na prezentowaniu treści zakazanych przez prawo, stan bezprawności utrzymuje się przez cały okres, w którym strona WWW zawiera taką treść. (...) Oczywiście, możliwe jest, że interesy pokrzywdzonego naruszane są tak długo, jak długo na portalu internetowym dostępna jest publicznie treść, która go zniesławia, a także tak długo, jak długo dostępne są egzemplarze gazety zawierającej zniesławiającą treść.

Nie przesądza to jednak o trwałości przestępstwa, ale jedynie o możliwości zakwalifikowania go jako „przestępstwa o skutkach trwałych”; ustawa nie penalizuje tu utrzymywania jakiegokolwiek bezprawnego stanu, jako że przestępstwo określone w art. 212 k.k. jest przestępstwem formalnym z narażenia, nie zaś przestępstwem skutkowym (...). Istnienie zatem następstw przestępstwa, niebędących skutkiem w rozumieniu prawa karnego, w żaden sposób nie ma wpływu na ustalenie co do czasu jego popełnienia.

Adam Pawluk

# Przegląd orzecznictwa – prawo karne (cz. 2)

## **Postanowienie z 29 czerwca 2010 r.<sup>1</sup> (Sygn. akt I KZP 8/10)**

Postanowienie Sądu Najwyższego z 29 czerwca 2010 r. rozwiewa poważne wątpliwości, które powstały na gruncie stosowania art. 97 Kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.) oraz art. 78 ust. 4 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (p.r.d.)<sup>2</sup>. Stanowi ono ciekawą wypowiedź dotyczącą interpretacji przepisów, które wywołały pewne rozbieżności w doktrynie, a przede wszystkim stanowi wyraźną wskazówkę dla organów ochrony porządku publicznego, co do interpretacji wspomnianych wyżej przepisów.

Główną tezę przedmiotowego postanowienia stanowi stwierdzenie, że niewskazanie przez właściciela lub posiadacza pojazdu na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w okolicznościach,

o których mowa w art. 78 ust. 4 p.r.d., może stanowić wykroczenie z art. 97 k.w. Ponadto Sąd Najwyższy uznał, że w sytuacji, gdy z natury „innego przepisu” zawartego w aktach prawnych dotyczących bezpieczeństwa lub porządku ruchu na drogach publicznych wynika, że wymagane jest umyślne zachowanie, to wykroczenie z art. 97 k.w. może zostać popełnione tylko umyślnie.

Analizowane postanowienie zostało wydane na skutek pytania prawnego zadanego przez Sąd Okręgowy, który powziął wątpliwość, co do tego, czy niewskazanie przez właściciela lub posiadacza pojazdu na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie (a zatem niezrealizowanie dyspozycji normy wyrażonej w art. 78 ust. 4 p.r.d.) stanowi wykroczenie przeciwko przepisom o porządku ruchu na drogach publicznych (art. 97 k.w.), czy wykroczenie przeciwko instytucjom państwowym, samorządowym i społecznym (art. 65 § 2 k.w.).

W wyniku dokonanej wykładni językowej zawartego w art. 97 k.w. zwrotu „inne przepisy o bezpieczeństwie lub o porządku ruchu na drogach publicznych” Sąd Najwyższy stwierdził, że „chodzi o każdy przepis, który reguluje kwestie bezpieczeństwa lub porządku ruchu na drogach publicznych, a który nie został stypizowany jako wykroczenie w przepisach art. 84–96a k.w.”. Szeroka analiza systemowa p.r.d. doprowadziła Sąd Najwyższy do wniosku, że niezależnie od tego, że art. 78 ust. 4 p.r.d., zamieszczony został przez ustawodawcę w Dziale III p.r.d. zatytułowanym: „Pojazdy”, to także dotyczy on bezpieczeństwa lub porządku ruchu na drogach publicznych<sup>3</sup>. Wyniki powyższej

3 Sąd Najwyższy jako przykład związku tego przepisu z bezpieczeństwem na drogach publicznych wskazuje możliwość sprawdzenia, czy osoba prowadząca pojazd posiadała odpowiednie uprawnienia. Ilustrując natomiast związek tego przepisu z porządkiem ruchu na drogach publicznych wskazuje na możliwość ustalenia, kto używał pojazdu.

<sup>1</sup> LEX nr 583985.

<sup>2</sup> Tekst jednolity: Dz. U. nr 108/2005 poz. 908 ze zm.

analizy wzmacnia wykładnia funkcjonalna, której rezultaty Sąd Najwyższy szeroko omawia. Jako przykład argumentacji SN dotyczącej wyników tego rodzaju wykładni można wskazać stwierdzenie, że „skoro ustawodawca ułokował (...) normę prawną w ustawie Prawo o ruchu drogowym, to w ten sposób wskazał, iż obowiązek wynikający z (...) przepisu dotyczy ruchu drogowego, który podlega regułom określającym pewien porządek, w ramach którego może zachodzić potrzeba ustalenia uczestnika tego ruchu”.

Rozważając kwestię wzajemnego stosunku art. 97 k.w. (w zw. z art. 78 ust. 4 p.r.d.) oraz art. 65 § 2 k.w. w zw. z art. 65 § 1 pkt 1 k.w. Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że przepisy te pozostają w stosunku zawierania. Nie wskazanie bowiem na żądanie uprawnionego organu osoby, której właściciel powierzył pojazd, stanowi wykroczenie przeciwko „innemu przepisowi o bezpieczeństwie lub o porządku ruchu na drogach publicznych”. Jednocześnie jednak sprawca – wbrew obowiązкови – nie udziela właś-

ciwemu organowi państwowemu lub instytucji, upoważnionej z mocy ustawy do legitymowania wiadomości, co do tożsamości innej osoby. W ocenie Sądu Najwyższego, w powyższej sytuacji art. 65 § 2 k.w. zostanie wyłączony przez normę szczególną odczytywaną z art. 97 k.w. w zw. z art. 78 ust. 4 p.r.d., na którą składają się „okoliczności specjalizujące (modyfikujące) w stosunku do znamion wykroczenia z art. 65 § 2 k.w”. Wobec takiego pozornego zbiegu zastosować należy zasadę *lex specialis derogat legi generali*.

Odnosząc się w przedmiotowym postanowieniu do znamion strony podmiotowej analizowanego wykroczenia Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na treść art. 78 ust. 4 p.r.d. *in fine*, którego analiza prowadzi do stwierdzenia, iż „właściciel lub posiadacz pojazdu wezwany do podania tożsamości osoby, której powierzył pojazd, narusza ten przepis wówczas, gdy pojazd został użyty zgodnie z jego wolą i wiedzą przez osobę mu znaną, a więc gdy wie, kto kierował lub używał jego pojazdu w oznaczonym czasie”. Inny-

mi słowy, wykroczenie takie ma charakter umyślny. Przykład art. 78 ust. 4 p.r.d. pokazuje zatem, że o umyślności zachowania określonego w art. 97 k.w. decyduje charakter przepisu dopełniającego.

W przedmiotowym postanowieniu Sąd Najwyższy w sposób bardzo dokładny przeanalizował kwestię wzajemnych związków pomiędzy art. 97 k.w. a wskazanymi wyżej przepisami ustawy Prawo o ruchu drogowym. Sąd Najwyższy nie stronił w uzasadnieniu postanowienia od odniesień do poglądów doktryny poświęconych analizowanym normom. Także fakt, iż Sąd najwyższy dokonując analizy przedmiotowych przepisów nie skoncentrował się tylko na jednym rodzaju wykładni ale dokonał całościowej oceny wspomnianych przepisów przesądza o dużym znaczeniu tego orzeczenia. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że jednoznaczne wyniki rozważań Sądu Najwyższego prowadzą do wniosków, które pozwolą w sposób niebudzący wątpliwości stosować wspomniane przepisy w praktyce.

# Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

## ***Uchwała z dnia 5 lutego 2010 r. (sygn. akt III CZP 127/09)<sup>1</sup>***

Na podstawie art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r., o własności lokali (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903, ze zm.) wspólnota mieszkaniowa nie może udzielić zarządowi pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustanowieniu służebności drogowej.

Komentowana uchwała sankcjonuje wyrażony w literaturze pogląd, że wyliczenie w art. 21 ust. 3 u.w.l. czynności przekraczających zwykły zarząd jest wyczerpujące, co oznacza, że uchwałą właścicieli nie może być udzielone pełnomocnictwo w innych sprawach niż wymienione w art. 22 ust. 3 pkt 5, 5a i 6 u.w.l.<sup>2</sup> Komentowana uchwała została wydana w związku z postawieniem przez Sąd II instancji

pytania o charakter wyliczenia zawartego w trybie art. 21 ust. 3 u.w.l. Sąd I instancji oddalił bowiem wniosek wspólnoty mieszkaniowej o wpis w księdze wieczystej służebności drogowej, zawarty w akcie notarialnym zawierającym oświadczenie zarządu wraz z dołączonym do niego protokołem notarialnym zawierającym uchwałę wspólnoty w sprawie wyrażenia zgody na ustanowienie służebności oraz pełnomocnictwem dla zarządu do jej ustanowienia.

W apelacji od wyroku Sądu I instancji uczestniczka wyraziła pogląd, że czynności wymienione przykładowo w art. 22 ust. 3 u.w.l. można podzielić na co najmniej dwie grupy czynności.<sup>3</sup> Zdaniem apelującej wśród tych czynności należy wyróżnić czynności, które dotyczą jedynie nieruchomości wspólnej, a nie nieruchomości lokalowych wraz z prawami związanymi (właś-

ciwe czynności zarządu), oraz czynności, które wywołują skutki wobec wszystkich właścicieli, zmieniając sytuację prawną każdej z nieruchomości lokalowych i udziałów w prawie nieruchomości wspólnej<sup>4</sup>. Szczegółowy przepis ustawowy, jakim jest art. 21 ust. 3 u.w.l. przewiduje, że także w tym drugim przypadku będzie mogła decydować wspólnota (a zatem większość właścicieli) i w konsekwencji zarząd będzie upoważniony do wykonania uchwały (jeśli tylko będzie taka potrzeba) ze skutkiem w stosunku do właścicieli. Oznacza to zatem, że art. 21 ust. 3 u.w.l. wprowadzałby zdaniem apelującej wyjątek od zasady wyrażonej w art. 199

4 Warto też na marginesie wspomnieć, że na różne sfery działania wspólnoty (aż trzy) zwrócił uwagę niedawno ustawodawca niemiecki. Nowe uregulowanie doprowadziło to uporządkowania w Niemczech problemu zakresu zdolności prawnej wspólnoty, co było tam długo przedmiotem licznych kontrowersji podobnie jak w Polsce. Zob. I. Szymczak, *Problematyka podmiotowości wspólnoty mieszkaniowej*, KPP 2010, nr 3, str. 737–739.

1 Orzeczenie opublikowane w OSNC ZD 2010, nr C, poz. 96.

2 G. Bieniek, Z. Marmaj, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa 2006, s.115.

3 Zob. treść pytania prawnego dostępną na stronie internetowej pod adresem: [http://www.sn.pl/aktual/pytaniapr/ic/III-CZP-0127\\_09.pdf](http://www.sn.pl/aktual/pytaniapr/ic/III-CZP-0127_09.pdf).

k.c., zgodnie z którą do rozporządzenia rzeczą wspólną potrzebna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. Ustanowienie służebności nie jest jednak zdaniem apelującej czynnością mającą wpływ na każdy udział z osobna, lecz należy do pierwszej grupy czynności, czyli czynności dotyczących jedynie nieruchomości wspólnej. Z tego względu wcale nie ma potrzeby stosowania art. 21 ust. 3 u.w.l., by stwierdzić, że większość właścicieli (działających jako wspólnota) ma kompetencję do ustanowienia takiej służebności. Rozpatrując apelację Sąd II instancji uznał jednak, że art. 21 ust. 3 u.w.l. ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i nabrał wątpliwości dotyczące tego, czy w trybie przewidzianym w tym artykule wspólnota mieszkaniowa może udzielić zarządowi wspólnoty pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia woli o ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego (służebności grunтовой) ze skutkiem w stosunku do wszystkich współwłaścicieli. W konsekwencji skierował do Sądu Najwyższego pytanie prawne o takiej właśnie treści.

Można mieć wątpliwości, czy w sprawie zostało właściwie postawione pytanie przez Sąd II instancji. Należy zwrócić uwagę, że nawet przesądzenie, iż art. 21 ust. 3 u.w.l. zawiera wyliczenie enumeratywne, nie musi wcale skutkować oddaleniem wniosku o wpis. Wpierw trzeba bowiem postawić sobie pytanie, w jaki sposób dochodzi do ustanowienia służebności obciążającej nierucho-

mość wspólną, która to czynność – co przyznał zresztą sam SN – choć nie wymieniona w art. 22 ust. 3 u.w.l., należy do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną. Od odpowiedzi na to pytanie zależy rozstrzygnięcie, czy do ustanowienia służebności potrzebne było udzielenie pełnomocnictwa zarządowi wspólnoty.

W związku z powyższym należy zwrócić uwagę, że o pełnomocnictwie dla zarządu wspólnoty mowa jest w dwóch przepisach ustawy o własności lokali, a mianowicie w art. 21 ust. 3 i art. 22 ust. 2. Powstaje zatem pytanie o stosunek tych przepisów do siebie. Bez wątpienia art. 22 ust. 3 u.w.l. zawiera jedynie przykładowe wyliczenie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, zaś z ust. 2 tego przepisu wynika, że do podjęcia przez zarząd wspólnoty czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebna jest nie tylko zgoda właścicieli lokali, lecz także pełnomocnictwo. Wykładnia literalna jest jednak w tym wypadku zawodna, ponieważ wśród czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymienionych w art. 22 ust. 3 u.w.l. są też takie, które nie wymagają w ogóle dokonywania przez zarząd jakichkolwiek czynności prawnych, do których potrzebne byłoby pełnomocnictwo (np. przyjęcie rocznego planu gospodarczego). Tak więc już analiza art. 22 ust. 2 i 3 u.w.l. prowadzi do wniosku, że niektóre czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu wyczerpują się w podjęciu samej

uchwały przez właścicieli lokali. Co do innych czynności konieczne będzie podjęcie przez zarząd odpowiednich czynności, które mogą, lecz nie muszą wymagać udzielenia mu pełnomocnictwa. Przykładowo na podstawie uchwały określającej wysokość opłat na pokrycie kosztów zarządu nieruchomością wspólną zarząd wspólnoty powinien ustalić wysokość opłat należnych od każdego właściciela. Taka czynność nie wymaga jednak pełnomocnictwa. Zarząd wspólnoty może także dochodzić zapłaty tych opłat od właścicieli lokali, gdyby ci nie uiścili ich w terminie. Wytoczenie powództwa o zapłatę przeciwko właścicielowi lokalu mieści się w zakresie kompetencji zarządu wspólnoty, wynikającej z art. 21 ust. 1 u.w.l., i przedkładanie dodatkowego pełnomocnictwa przez zarząd wspólnoty byłoby w takiej sytuacji zbędne.

Nie byłby zasadny również wniosek, że w sytuacji określonej w art. 21 ust. 3 u.w.l. zarząd wspólnoty na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa dokonuje czynności „ze skutkiem w stosunku do właścicieli wszystkich lokali”, a w sytuacjach określonych w art. 22 ust. 2 u.w.l. skutki czynności prawnych dokonywanych przez zarząd nie mają się odnosić do właścicieli lokali. Żeby się o tym przekonać, wystarczy przeanalizować czynności, które nie zostały wymienione w art. 21 ust. 3 u.w.l., a zostały wymienione w art. 22 ust. 3 u.w.l. Z pewnością więc dokonanie podziału nieruchomości grunтовой (a ściślej – nierucho-

mości wspólnej), zabudowanej więcej niż jednym budynkiem mieszkalnym (por. art. 22 ust. 3 pkt 9 u.w.l.) odnosi skutek wobec wszystkich właścicieli lokali znajdujących się na tej nieruchomości, chociażby dlatego, że przestają być współwłaścicielami wydzielonej nieruchomości<sup>5</sup> a ich udziały w nieruchomości wspólnej ulegają zmianie (na co zresztą wskazuje wyrażnie powołany przepis). Podział nieruchomości nie został zaś wymieniony w art. 21 ust. 3 u.w.l. Z kolei w art. 22 ust. 3 pkt 6a u.w.l. mowa jest o nabyciu nieruchomości. Przepis ten został wprowadzony wraz z art. 32a u.w.l., regulującym nabycie sąsiedniej nieruchomości, jeżeli grunty wchodzące w skład nieruchomości wspólnej nie spełniają wymagań przewidzianych dla działki budowlanej. Powołany art. 32a u.w.l. stanowi wyrażnie o udzieleniu pełnomocnictwa zarządowi wspólnoty do nabycia sąsiadującej nieruchomości. Na skutek takiego nabycia zostaje powiększona nieruchomość wspólna, a więc skutki dokonanej przez zarząd wspólnoty czynności odnoszą się do wszystkich właścicieli lokali. Także o tej czynności nie wspomina się jednak w art. 21 ust. 3 u.w.l. Nie można zatem twierdzić, że wyliczenie czynności, w których zarząd wspólnoty dokonuje na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa czynności prawnej ze skutkiem dla wszystkich właścicieli, zawarte w art. 21 ust. 3 u.w.l. jest wyczerpujące.

<sup>5</sup> Zob. J. Pisuliński, w: *System prawa prywatnego*, t. 4, Warszawa 2007, s. 256.

Komentowana uchwała, nawet gdyby podzielić wyrażony w niej pogląd, nie wyjaśnia, w jaki sposób dochodzi do ustanowienia służebności na nieruchomości wspólnej. Można bowiem twierdzić, że do ustanowienia służebności na nieruchomości wspólnej nie jest w ogóle potrzebne udzielanie pełnomocnictwa zarządowi wspólnoty. Uchwała właścicieli lokali wyrażająca zgodę na obciążenie nieruchomości wspólnej służebnością powinna być zaprotokołowana przez notariusza (art. 22 ust. 2 u.w.l.). Tym samym uchwała taka spełnia wymagania złożenia przez właściciela nieruchomości obciążonej oświadczenia w formie aktu notarialnego o ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego (art. 245 § 2 k.c.). Nie ma więc potrzeby składania przez zarząd wspólnoty żadnego osobnego oświadczenia woli o ustanowieniu służebności.

W stanie faktycznym omawianej sprawy nie można też kwestionować uprawnień zarządu do złożenia wniosku o wpis służebności w księdze wieczystej. Po pierwsze, ponieważ wyliczenie w art. 21 ust. 3 u.w.l. nie jest wyczerpujące. Po drugie, ponieważ uprawnienie zarządu wspólnoty do dokonania takiej czynności można wywieść już z art. 21 ust. 1 u.w.l.

Kończąc należy stwierdzić, że komentowana uchwała potwierdza wniosek, iż regulacja czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną, jak też reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej w ustawie o własności lokali wymaga pilnej interwencji ustawodawcy.

## Wyrok z 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt III CSK 54/09)<sup>6</sup>

**W postępowaniu o wpis zastawu do rejestru nie ma zastosowania art. 192 pkt 3 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.**

Komentowane orzeczenie Sądu Najwyższego zapadło w następującym stanie faktycznym. Współwłaściciele samochodu nabytego na kredyt ustanowili na rzecz kredytodawcy zabezpieczenie na nim w postaci zastawu rejestrowego. Zanim jednak doszło do wpisania zastawu do centralnego rejestru zastawów rejestrowych, samochód został przez właścicieli zbyty na rzecz osoby trzeciej. W konsekwencji kredytodawca pozwał o zapłatę nabywcę samochodu.

Oba sądy niższej instancji zasądziły dochodzoną przez kredytodawcę kwotę, stwierdzając, że istnieje duże podobieństwo między zastawem rejestrowym a hipoteką. Ponadto, powołały się na orzecznictwo, z którego wynika, że art. 192 pkt 3 k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c. ma zastosowanie w postępowaniu wieczystoksięgowym. W konsekwencji zbycie samochodu przed dokonaniem wpisu do właściwego rejestru nie mogło pozbawić dokonanego wpisu skutku prawnego.

Sąd Najwyższy zwrócił jednak uwagę, że do powstania zastawu rejestrowego konieczny jest wpis do rejestru zastawów, a w ustawie o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów brak jest odpowiednika

<sup>6</sup> Orzeczenie publikowane w OSNC ZD 2010, nr C, poz. 84.



art. 29 stawy o księgach wieczystych i hipotece<sup>7</sup>, zgodnie z którym wpis wywiera skutek wsteczny od chwili złożenia wniosku o jego dokonanie. Art. 192 pkt 3 k.p.c. wywiera z kolei tylko skutki procesowe, a nie materialnoprawne (tzn. nie pozbawia prawa do rzeczy nabywcy w dobrej wierze). W związku z powyższym zastawnik nie mógł nabyć zdaniem SN zastawu rejestrowego na zbytych samochodzie, ponieważ w chwili wpisu (tj. w chwili ewentualnego powstania zastawu) zastawca nie był uprawniony do rozporządzania przedmiotem zastawu. Sąd Najwyższy wskazał jednocześnie na uregulowanie art. 2 ust. 3 ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów<sup>8</sup>, który przewiduje ochronę dobrej wiary zastawnika i nakazuje odpowiednie stosowanie do niego przepisów o ochronie nabywcy w dobrej wierze (z tym że wpis zastawu jest równoznaczny z wydaniem rzeczy). Przepis ten mógłby stanowić podstawę nabycia zastawu przez zastawnika<sup>9</sup>. Dobra wiara zastawnika winna podlegać ochronie jednak o tyle tylko, o ile przemawia za tym bezpieczeństwo obrotu. Gdy zatem dojdzie do zbycia rzeczy przez zastawcę jeszcze przed dokonaniem wpisu do rejestru, to na ochronę zasługuje nabywca rzeczy, podob-

nie jaka w sytuacji unormowanej w art. 13 pkt 1 u.z.r.r.z. Zastosowanie tego przepisu spowoduje w konsekwencji, że zastawnik nie nabędzie zastawu na podstawie art. 2 ust. 3 u.z.r.r.z. Zauważyć należy, że art. 13 pkt 1 u.z.r.r.z. stosowany jest w zaistniałej sytuacji przez analogię, bowiem nie istnieje zastaw, który na podstawie tego przepisu wygasa, lecz odpowiednie zastosowanie art. 13 pkt 1 u.z.r.r.z. wyklucza nabycie przez zastawnika zastawu od nieuprawnionego na podstawie art. 2 ust. 3 u.z.r.r.z. Ponadto, kolejną specyfiką tego rozstrzygnięcia jest przyjęcie, że dobra wiara nabywcy rzeczy będzie się odnosić nie do faktu, czy istnieje zastaw, lecz do faktu złożenia wniosku o jego wpisanie lub zawarcia czynności prawnej w przedmiocie ustanowienia zastawu.

Podkreślić także należy, że z centralnej informacji o zastawach rejestrowych nie można wcale dowiedzieć się o złożeniu wniosku o wpis do rejestru. Regulacja dotycząca rejestru zastawów przewiduje wydanie zaświadczeń jedynie o wpisie lub braku wpisu. Organizacja tego rejestru jest zatem odmienna od organizacji ksiąg wieczystych, gdzie niezwłocznie po zarejestrowaniu wniosku w dzienniku ksiąg wieczystych czyni się w księdze wieczystej stosowną wzmiankę o nim (art. 626<sup>7</sup> § 2 k.p.c.).

W świetle przedstawionych uwag rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego należy zaaprobować przede wszystkim w zakresie, w jakim stwierdza, że dobra wiara nabywcy (który nie wie ani o złożeniu wniosku o wpis, ani

o zawarciu czynności prawnej mającej za przedmiot ustanowienie zastawu) zasługuje na ochronę kosztem zastawnika.

### ***Uchwała z 17 czerwca 2010 r. (sygn. akt III CZP 38/10)*<sup>10</sup>**

**Przepis art. 192 pkt 3 k.p.c. ma zastosowanie w wypadku zbycia nieruchomości przez dłużnika w toku sprawy o zobowiązanie go do złożenia oświadczenia woli o zawarciu przyrzeczonej umowy sprzedaży tej nieruchomości.**

Z komentowanej uchwały Sądu Najwyższego wynika, że zobowiązany z umowy przedwstępnej zachowuje legitymację procesową pomimo zbycia przedmiotu umowy przyrzeczonej po wytoczeniu powództwa przez uprawnionego z umowy przedwstępnej. Podstawowy problem w niniejszej sprawie dotyczy interpretacji pojęcia „zbycie rzeczy”, o którym mowa w art. 192 pkt 3 k.p.c., ponieważ świadczeniem wynikającym z umowy przedwstępnej jest zawarcie umowy przyrzeczonej. Abstrahując jednak od tego problemu, należy zwrócić uwagę, że korelatem instytucji procesowej opisanej w art. 192 pkt 3 k.p.c. jest przepis art. 788 k.p.c., zgodnie z którym sąd nadaje klauzulę wykonalności na rzecz lub przeciwko innej osobie, jeżeli uprawnienie lub obowiązek

7 Ustawa z 6 lipca 1982 r., tekst jedn. Dz. U. z 2001 r., nr 124, poz. 1361 ze zm.

8 Ustawa z 6 grudnia 1996 r., tekst jedn. Dz. U. z 2009 r., nr 67, poz. 569 ze zm.

9 Warto podkreślić, że w analizowanej sytuacji zastawnik będzie zawsze w dobrej wierze, skoro umowę zastawu zawiera z właścicielem rzeczy, który dopiero na skutek późniejszej czynności utracił własność.

10 Tekst orzeczenia dostępny jest na stronie SN ([http://www.sn.pl/orzecznictwo/uzasadnienia/ic/III-CZP-0038\\_10.pdf](http://www.sn.pl/orzecznictwo/uzasadnienia/ic/III-CZP-0038_10.pdf)).

przeszły na nią po powstaniu tytułu egzekucyjnego lub w toku sprawy. Chodzi bowiem nie tylko o dopuszczalność dalszego toczenia się procesu z udziałem dotychczasowych stron, lecz przede wszystkim o to, by wyrok, jaki w tym procesie zapadnie, mógł odnieść bezpośredni skutek również przeciw nabywcy.

W przypadku wyroku stwierdzającego obowiązek złożenia oświadczenia woli nie można mu jednak nadać klauzuli wykonalności na podstawie art. 788 k.p.c. Sąd Najwyższy stwierdza, że w związku z tym na nabywcę nie przechodzi na podstawie art. 192 pkt 3 k.p.c. obowiązek zawarcia umowy przyrzeczonej, lecz wynikający z zawarcia tej umowy obowiązek zadośćuczynienia jej skutkowi. W konsekwencji zdaniem SN uprawniony z umowy przedwstępnej będzie mógł wytoczyć przeciwko nabywcy proces o ustalenie, że ten ostatni jest zobowiązany w stosunku do niego w zakresie obowiązku rzeczowego wynikającego z umowy przedwstępnej lub (jak się zdaje alternatywnie) o wydanie rzeczy. Należy jednak zwrócić uwagę, że wskazana przez SN możliwość wytoczenia wobec nabywcy rzeczy drugiego procesu, czy to o ustalenie, czy od razu o wydanie, jest wątpliwa. Skoro bowiem art. 192 pkt 3 k.p.c. wywołuje tylko skutek procesowy

(jak stwierdził SN np. w wyżej komentowanym wyroku z 4 grudnia 2009 r.), a nie materialnoprawny, to nie ma żadnych podstaw, by na podstawie art. 192 pkt 3 k.p.c. pozbawić osobę trzecią prawa własności. Osoba ta nabyła przecież prawo od zbywcy, który był uprawniony do rozporządzenia rzeczą. Lakońniczna wzmianka w uzasadnieniu uchwały SN o możliwości wytoczenia przeciwko zbywcy procesu o ustalenie lub wydanie wywołuje także wątpliwości z tego powodu, że ustawodawca przewidział zabezpieczenie roszczenia w postaci ustanowienia zakazu zbywania rzeczy (art. 755 § 1 pkt 2 k.p.c.). Można zatem stwierdzić, że jedynie w razie orzeczenia takiego zakazu możliwe byłoby podważanie skuteczności nabycia prawa przez osobę trzecią (przy założeniu, że zakaz ten powoduje ograniczenie zbywcy w rozporządzaniu rzeczą).

W związku z powyższym należy uznać, że zastosowanie przepisu art. 192 pkt 3 k.p.c. w przypadku zbycia nieruchomości przez dłużnika w toku sprawy o zobowiązanie go do złożenia oświadczenia woli o zawarciu przyrzeczonej umowy sprzedaży tej nieruchomości ma taki skutek, że między stronami dojdzie do zawarcia umowy przyrzeczonej o skutkach wyłącznie zobowiązujących. Wyrok ten

nie odniesie natomiast skutków wobec nabywcy, tj. ani bezpośrednich skutków rzeczowych (nie spowoduje automatycznego przejścia własności nieruchomości na powoda)<sup>11</sup>, ani nie spowoduje powstania po stronie nabywcy zobowiązania do przeniesienia prawa własności nabytej nieruchomości. Uprawniony z umowy przedwstępnej, który nie wniesie o zabezpieczenie roszczenia w postaci zakazu zbywania rzeczy, będzie mógł w stosunku do zbywcy wytoczyć tylko powództwo oparte na art. 59 k.c. a dopiero w późniejszym procesie dochodzić zawarcia umowy rozporządzającej<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Stwierdzenie obowiązku złożenia oświadczenia woli koniecznego do zawarcia umowy przyrzeczonej (np. umowy sprzedaży) spowoduje zawarcie umowy zobowiązującej zgodnie z dominującym poglądem w nauce i orzecznictwie (zob. uchwałę SN 7 sędziów z 7.1.1967 r., III CZP 32/66, OSN 1968, nr 12, poz. 199). Wobec braku prawa do rozporządzenia rzeczą po stronie powoda w chwili orzekania przez sąd, wyrok nie może spowodować przeniesienia własności rzeczy na rzecz powoda (nawet gdyby umowa przyrzeczona miała za przedmiot rzecz oznaczoną co do tożsamości).

<sup>12</sup> Na temat kontrowersji co do skutków zastosowania art. 59 k.c. zob. M. Kućka, *Stosowanie art. 59 k.c. do umów prawnoautorskich*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2010, z. 2, s. 57 i n.

Adam Pawluk, Krzysztof Kozłowski

# Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

**Wyrok z 10 marca 2010 r.  
(sygn. akt U 5/07 ZU TK  
20/3/A/2010)**

Rozporządzenia wydawane są na podstawie ustaw i w celu ich wykonania. Taki charakter rozporządzenia determinuje i ogranicza ich treść przynajmniej w trzech płaszczyznach. Po pierwsze w drodze delegacji ustawowej do prawotwórstwa administracyjnego nie może zostać przekazane uprawnienie do zmiany przepisów rangi ustawowej. Po drugie, upoważnienia ustawowe nie mogą delegować prawa do wkraczania w materię zastrzeżoną wyłącznie dla regulacji ustawowej. Po trzecie, wydane na podstawie delegacji ustawowej przepisy prawne o charakterze wykonawczym winny być wyraźnie treścią dyspozycji ustawowych i służyć ich realizacji. Jeśli wymagania takie nie są spełnione, to przepisy podustawowe należy uznać za niekonstytucyjne.

Konstytucja, oparta na współczesnych standardach dojrzałej

demokracji europejskiej, traktuje wolność jednostki jako fundamentalną wartość społeczeństwa demokratycznego, przysługującą jednostce z natury, niepodważalną i niezbywalną, będącą źródłem rozwoju jej osobowości oraz źródłem pomyślności osobistej i rozwoju społecznego.

W wyniku kontroli zainicjowanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że § 6 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 17 listopada 2006 r. w sprawie środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego (Dz. U. Nr 214, poz. 1575) jest niezgodny z art. 15 ust. 3 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), a nadto, że jest niezgodny z art. 92 ust. 1 oraz z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W toku niniejszego postępowania, Trybunał Konstytucyjny

wypowiadał się w przedmiocie zgodności z normami wyższego rzędu, regulacji rozporządzenia wykonawczego, wydanego do ustawy o CBA. Unormowanie to dotyczyło korzystania ze środków przymusu bezpośredniego w postaci kajdanek i prowadnic, które miały być stosowane na polecenie sądu lub prokuratora (pkt 1) lub wobec osób podejrzanych lub oskarżonych o popełnienie przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu albo skazanych za takie przestępstwo (pkt 2).

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wymóg zamieszczenia w ustawie wszystkich podstawowych elementów norm prawnych jest szczególnie ważny w zakresie materii regulującej pozycję jednostki w społeczeństwie demokratycznym, zwłaszcza w sferze relacji między jednostką a władzą publiczną. Akt normatywny wydawany na podstawie ustawy w granicach jej upoważnienia musi szczególnie precyzyjnie upoważnienie to realizować.

Zwrócono uwagę, że na gruncie treści normatywnych art. 92

ust. 1 Konstytucji, nie jest dopuszczalne, aby część przesłanek określających przypadki stosowania kajdanek i prowadnic była zamieszczona w ustawie, a pozostałe przesłanki w rozporządzeniu wydanym na podstawie ustawy. (...) Nie jest w konsekwencji również dopuszczalne, aby organy stosujące kajdanki lub prowadnice czyniły to na podstawie norm konstruowanych z elementów zawartych w przepisach ustawowych oraz z elementów zamieszczonych w przepisach rozporządzenia, wydanego na podstawie ustawy.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wprowadzenie, przez zaskarżony przepis rozporządzenia, w zakresie stosowania kajdanek i prowadnic, kategorii przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, jest naruszeniem art. 15 ust. 3 ustawy o CBA oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji. Przepis § 6 ust. 2 rozporządzenia jest niezgodny z powyższymi wzorcami kontroli również dlatego, że bez upoważnienia ustawowego wprowadził obligatoryjne ich stosowanie.

Istota nietykalności osobistej wiąże się nie tylko, co Trybunał podkreślił, z nietykalnością cielesną, ale polega na nienaruszalności integralności cielesnej i duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również wnętrze psychiczne. Szczególna wartość, jaką jest nietykalność osobista człowieka, jako osoby ludzkiej wiąże się dlatego w sposób szczególnie silny z godnością człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji, że jest „przyrodzona”, „niezby-

walna” oraz że „stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”.

Zdaniem Trybunału, do zasad ograniczenia wolności osobistej, regulowanych ustawowo, których dotyczy art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, należą wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ograniczenie wolności osobistej, a w szczególności określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz określenie przesłanek związanych z tymi osobami, np. ich status prawny, ich zachowanie, sytuacja, w której się znajdują. Natomiast przez tryb ograniczania wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdaniu drugim Konstytucji, należy rozumieć (...), regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, nakaz skierowany do ustawodawcy, aby ograniczając w danej regulacji prawnej wolność osobistą (tylko droga ustawowa jest dopuszczalna), zamieszczał w niej zawsze zasady oraz tryb ograniczenia wolności osobistej. (...) Art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji nie tylko wprowadza zakaz ograniczenia wolności osobistej w podstawowych aktach prawnych, jak to wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do wszystkich praw i wolności

konstytucyjnych. Z art. 41 ust. 1 zdania drugiego Konstytucji wynika również nakaz uwzględnienia w ustawowej regulacji ograniczającej wolność osobistą wszystkich przesłanek określających zasady i tryb ograniczenia wolności osobistej.

Powyższa analiza doprowadziła do stwierdzenia, że normodawca, w sposób niezgodny z art. 31 ust. 3 oraz art. 41 ust. 1 zdaniem drugim Konstytucji, „dodał” do ogólnych (wspólnych) przesłanek stosowania środków przymusu bezpośredniego, określonych w art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o CBA, przesłanki szczególne, dotyczące stosowania kajdanek i prowadnic (...). Wspomniane przesłanki szczególne dotyczą zasad i trybu ograniczania wolności osobistej, dlatego są również niezgodne z art. 41 ust. 1 zdaniem drugim Konstytucji.

### Wyrok z 8 kwietnia 2010 r.<sup>1</sup> (sygn. akt P 1/08)

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 IV 2010 r. (sygn. akt P 1/08) wiąże się z problematyką oceny obowiązku gminy polegającego na zapewnieniu lokalu socjalnego osobom, którym sąd nakazał opróżnienie zajmowanego przez nich lokalu. Kwestia odszkodowania za niedostarczenie lokalu socjalnego była już wcześniej przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego<sup>2</sup>, który zwracał uwagę

<sup>1</sup> OTK nr 4A/2010, poz. 33.

<sup>2</sup> Por.: wyrok TK z 23 V 2006 r., sygn.: SK 51/05 (OTK ZU nr 5A/2006, poz. 58) oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego

na jej ścisły związek z prawem do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej oraz z gwarantowaną przez Konstytucję ochroną własności. Odniesienia do tych instytucji znalazły się także w przedmiotowym wyroku, jednakże główną uwagę Trybunał poświęcił analizie elementów wynikających z wzorców kontroli tj. z art. 167 ust. 1 i 4 Konstytucji.

W tezie wyroku Trybunał stwierdził, iż art. 18 ust. 5 ustawy z 21 VI 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (dalej: u.o.p.l.)<sup>3</sup> w związku z art. 417 § 1 ustawy z 23 IV 1964 r. – Kodeks cywilny jest zgodny z art. 167 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 167 ust. 1 Konstytucji.

Przedmiotowy wyrok zapadł na skutek pytania prawnego, z którym zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego sąd powszechny rozstrzygający sprawę o odszkodowanie z tytułu niedostarczenia przez gminę lokalu socjalnego osobie uprawnionej z mocy wyroku eksmisyjnego. W ocenie wnioskodawcy wzrost wydatków związanych z wypłatą takich odszkodowań oraz niezapewnienie przez ustawodawcę dodatkowych środków na ich pokrycie narusza art. 167 ust. 1 i 4 Konstytucji.

go z 11 IX 2006 r., sygn.: P 14/06 (OTK ZU nr 8A/2006, poz. 102.)

3 Por.: wyrok TK z 23 V 2006 r., sygn.: SK 51/05 (OTK ZU nr 5A/2006, poz. 58) oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 IX 2006 r., sygn.: P 14/06 (OTK ZU nr 8A/2006, poz. 102.)

Stosownie do treści art. 167 ust. 1 Konstytucji jednostkom samorządu terytorialnego zapewnia się udział w dochodach publicznych odpowiednio do przypadających im zadań. Zgodnie natomiast z ust. 4 art. 167 zmiany w zakresie zadań i kompetencji jednostek samorządu terytorialnego następują wraz z odpowiednimi zmianami w podziale dochodów publicznych. Analiza przedstawionych wyżej zapisów ustawy zasadniczej prowadzi do wniosku, że intencją ustrojodawcy było wyposażenie jednostek samorządu terytorialnego w środki niezbędne do realizacji ich zadań. Innymi słowy, konieczne jest zapewnienie równowagi pomiędzy zadaniami wyznaczonymi jednostkom samorządu terytorialnego a źródłami ich finansowania. W ten sposób, wyznaczenie nowego zadania gminie, powiatowi, bądź województwu determinuje zmianę w podziale dochodów publicznych.

Odpowiadając na pytanie prawne Trybunał Konstytucyjny musiał po pierwsze rozważyć, czy obowiązek gminy polegający na wypłacie odszkodowania właścicielowi lokalu stanowi zadanie, którego realizacja powoduje konieczność partycypacji gminy w dochodach publicznych. Po drugie, Trybunał musiał rozstrzygnąć, czy wejście w życie przepisów nakładających na gminy wspomniany obowiązek obliгуje ustawodawcę do zapewnienia dodatkowych środków na pokrycie takich wydatków. Trybunał słusznie zauważył przy

tym, że „sam fakt zwiększenia zakresu zadań samorządu terytorialnego bez zmian w systemie finansowania nie przesądza jeszcze o niekonstytucyjności takiej regulacji, jeżeli dotychczasowe źródła dochodów pozwalają na wykonywanie wszystkich zadań publicznych”.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na trudności dowodowe praktycznie uniemożliwiające ocenę dysproporcji pomiędzy zadaniami nałożonymi na gminę przez ustawę a jej dochodami. Z tego punktu widzenia – w ocenie Trybunału – nie jest możliwa ocena konstytucyjności kwestionowanych w pytaniu prawnym przepisów ustawy z art. 167 ust. 1 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny zaznaczył przy tym, że wspomniany wzorzec kontroli dotyczy rozwiązań systemowych i w związku z tym – jak się wydaje – można stwierdzić, że dotyczący zaniechania konkretnej gminy przepis art. 18 ust. 5 u.o.p.l. nie jest niezgodny z art. 167 ust. 1 Konstytucji.

Odnosząc się do kwestii zgodności wskazanych w pytaniu prawnym przepisów z art. 167 ust. 4 Konstytucji Trybunał uznał, że „przywrócenie w pełnym zakresie obowiązku odszkodowawczego za niedostarczenie lokalu socjalnego nie stanowi nowego zadania samorządu gminnego, ponieważ odpowiedzialność z tego tytułu jest konsekwencją zaniechania realizacji zadania polegającego na dostarczeniu w określonych prawem wypadkach lokali socjalnych”. Trybunał stwierdził zatem, że odpowiedzialność odszkodo-

wawcza gminy nie jest wynikiem nowego zadania nałożonego na gminę przez ustawę, lecz „konsekwencją niewykonywania istniejącego zadania”.

Wydając przedmiotowy wyrok Trybunał Konstytucyjny po raz kolejny potwierdził konieczność istnienia rozwiązań ustawowych zmierzających do wyrówna-

nia szkody powstałej po stronie właściciela lokalu wskutek braku stosownych działań gminy. Szczególnie istotne z punktu widzenia praktyki stosowania prawa jest zaakcentowanie w uzasadnieniu wyroku TK motywacyjnej funkcji odszkodowania przewidzianego w art. 18 ust. 5 u.o.p.l. Z uzasadnienia wyroku płynie bowiem

wniosek, że zadaniem gminy jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych osób, wobec których sąd orzekł eksmisję, w sposób aktywny i skuteczny. W takim kontekście obowiązek odszkodowawczy gminy jawi się jako negatywny skutek niepodjęcia stosownych zadań, którego to skutku gmina powinna starać się uniknąć.